

**MARIO DITTRICH BILIERI**

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU  
PODER NORMATIVO – A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS  
PÚBLICAS NA ANEEL E NA ANATEL**

**CURITIBA  
2004**

**MARIO DITTRICH BILIERI**

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU  
PODER NORMATIVO – A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS  
PÚBLICAS NA ANEEL E NA ANATEL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: **Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Angela Cassia Costaldello**

Co-orientador: **Prof Dr Egon Bockmann Moreira**

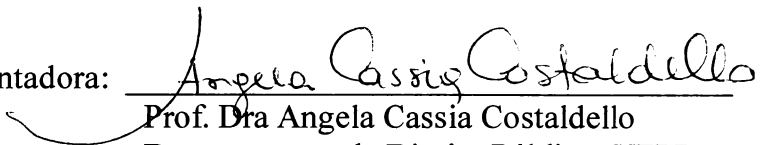
**CURITIBA  
2004**

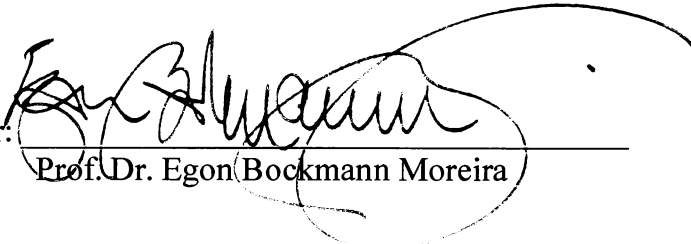
## TERMO DE APROVAÇÃO

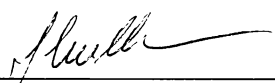
MÁRIO DITTRICH BILIERI

### A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU PODER NORMATIVO: A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS NA ANEEL E NA ANATEL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:   
Prof. Dra. Angela Cassia Costaldello  
Departamento de Direito Público, UFPR.

Co-orientador:   
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

  
Prof. Dra. Leila Cuéllar  
Departamento de Pós-graduação em Direito, UFPR.

Curitiba, 07 de dezembro de 2004.

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO..... 1

2 UM PANORAMA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ..... 3

2.1 CONCEITO ..... 3

2.2 NATUREZA JURÍDICA ..... 4

2.3 ÂMBITO DE ATUAÇÃO ..... 6

2.4 A ATIVIDADE REGULATÓRIA ..... 8

2.4.1 Atividade Normativa ..... 8

2.4.2 Atividade Fiscalizadora ..... 8

2.4.3 Atividade Sancionatória ..... 9

2.4.4 Atividade Julgadora ..... 10

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU PODER NORMATIVO ..... 11

3.1 A ORIGEM DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. 11

3.1.1 Competência Regulamentar - O Caráter não Exclusivo da Competência Normativa do Chefe do Poder Executivo ..... 15

3.2 OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR E A ADMISSIBILIDADE DO REGULAMENTO AUTÔNOMO NO DIREITO BRASILEIRO ..... 17

3.2.1 Regulamento Autônomo – A Diversidade de Entendimentos Frente ao seu Cabimento no Direito Pátrio. .... 17

3.2.2 Entendimentos Favoráveis ..... 18

3.2.2.1 Eros Roberto Grau ..... 18

3.2.2.2 Sérgio Ferraz..... 19

3.2.2.3 Hely Lopes Meirelles ..... 20

3.2.2.4 Diogo de Figueiredo Moreira Neto..... 22

3.2.3 Entendimentos Desfavoráveis ..... 24

3.2.3.1 Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo ..... 24

3.2.3.2 Carlos Ari Sunfeld e Alexandre Santos de Aragão ..... 26

3.2.3.3 Marçal Justen Filho ..... 27

3.2.3.4 Egon Bockmann Moreira ..... 30

3.2.4 Pontos de Contato entre as Teorias – os limites dos regulamentos autônomos.. 31

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, LEGITIMIDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ..... 34

5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORA – UMA VISÃO TEÓRICA..... 42

5.1 DISTINÇÃO ENTRE AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS..... 43

5.2 FASES DA PARTICIPAÇÃO – PLANO GERAL ..... 44

5.2.1 Atuação Extraprocessual Prévia ..... 44

5.2.2 Etapa Interna de Colheita de Informações e Esboço de Soluções..... 45

5.2.3 Etapa Externa de Consulta ao Público.....	45
5.2.4 Segunda Etapa Externa de Consulta ao Público.....	46
5.2.5 Pedido de Reconsideração.....	47
6 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E AS CONSULTAS PÚBLICAS NOS ENTES REGULATÓRIOS – A REALIDADE NA ANEEL E NA ANATEL .....	49
6.1 OBJETO DE EXAME: PREMISSAS .....	49
6.2 A PREVISÃO LEGAL E A EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS NA ANEEL E NA ANATEL. ....	49
6.2.1 Formas de Condução das Audiências Públicas .....	53
6.2.2 A Divulgação das Audiências Públicas e das Consultas Públicas – A Questão da Publicidade e da Exclusão Digital.....	55
6.3 A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU PODER NORMATIVO .....	57
7 CONCLUSÃO.....	65
BIBLIOGRAFIA.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>

## RESUMO

As agências reguladoras surgiram no direito pátrio como um reflexo do que seria uma tentativa de implantação de um “Estado Subsidiário”. Dentre as suas atribuições estão o dever de fiscalizar, julgar, sancionar e, ainda, de produzir normas com o intuito de promover a regulação do setor que está sob sua supervisão. Esta última, das funções acima enumeradas, talvez seja a que mais controvérsias vêm gerando nos dias de hoje. A questão da legitimidade democrática destes atos, em face do fato de que as agências não são dirigidas por membros eleitos pelo povo, é um dos principais pontos de discussão. Com o intuito de extirpar tal “Déficit Democrático”, foi instituída uma processualização da formulação de normas, na qual são oferecidas oportunidades para a manifestação dos populares. Acontece que, embora teoricamente à disposição da população, estes meios não vêm sendo devidamente utilizados pelo povo, tendo servido, realidade, como instrumento de defesa dos interesses das empresas do setor.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir da década de 90, está passando por um processo de reforma estatal. Esta mudança teve por basilar escopo recuperá-lo da crise pela qual passava, e que se dava, em grande parte, pelo inchaço que o chamado “Estado Social” causou à estrutura do Estado.

Diante desta necessidade de renovação, tem-se tentado estabelecer o chamado “Estado Subsidiário”, no qual o Estado se retira da participação em setores de mercado não tidos como essenciais, intervindo, assim, apenas de maneira subsidiária na economia.

Neste panorama é que surgiram as agências reguladoras, passando a interferir na economia através do desempenho de sua função fiscalizadora, sancionadora, julgadora e normativa.

A última das atividades acima relacionadas, ou seja, a que envolve a competência normativa é, sem sombra de dúvidas, a que mais gera controvérsias, principalmente quanto à sua constitucionalidade, ocasionando uma grande discussão doutrinária.

Dentro desta competência para editar normas, por demais discutível, é que surge, como forma de legitimar as normas produzidas pelos entes regulatórios, frente às exigências do Estado Democrático de Direito brasileiro, a processualização na elaboração de normas, na qual uma das fases de maior importância é aquele que oferece espaço para a participação popular, na forma das audiências e consultas públicas.

O presente estudo busca, de forma singela, justamente demonstrar alguns aspectos dessa participação popular nas agências reguladoras brasileiras, tanto no plano teórico como no prático.

Dividir-se-á o presente trabalho em quatro etapas.

Através da primeira, almejar-se-á mostrar um breve panorama do que são as agências reguladoras.

Posteriormente, em uma segunda etapa, procurar-se-á discorrer, em poucas linhas, sobre o já referido poder normativo das agências reguladoras.

A terceira etapa trará algumas considerações sobre o Estado Democrático de Direito e a processualização adotada como forma de legitimar as normas editadas pelas agências reguladoras.

Por fim, procurar-se-á trazer um panorama, que busca mostrar um pouco da realidade da participação popular das agências reguladoras, com principal enfoque para a ANEEL e para a ANATEL, discorrendo sobre a questão das audiências e das consultas públicas, tanto em seu aspecto mais teórico, quanto no dia-a-dia dos entes regulatórios.



## 2 UM PANORAMA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 2.1 CONCEITO

Embora se tenha colocado como um dos propósitos do presente trabalho trazer um conceito do que sejam as agências reguladoras, cabe alertar, como bem o faz Alexandre Santos de ARAGÃO, que, ao se tentar conceituar algo, não se pode “deixar de considerar os resquícios de imprecisão”<sup>1</sup> que são naturais a esta tarefa. Contudo, não há como relevar a importância da conceituação no que se refere à sistematização da ciência do direito. Assim sendo, procurar-se-á trazer um conceito de agências reguladoras, justamente com o intuito de delinear o que sejam esses entes, possibilitando, assim, seu melhor enquadramento no universo jurídico pátrio.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO define agências reguladoras como sendo “autarquias, qualificadas como autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades.”<sup>2</sup>

Da conceituação apresentada por BANDEIRA DE MELLO pode-se constatar que as agências reguladoras são entes da Administração Indireta, classificadas como autarquias sob regime especial, que tem como função precípua intervir em determinada atividade, disciplinando e controlando o seu exercício.

ARAGÃO, ao tratar das agências reguladoras, não discorda do já exposto, porém, vai além, incluindo em seu conceito a maneira como elas serão dirigidas, o que o faz nos seguintes termos:

podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias (...) e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 274.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 156-157.

<sup>3</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 275.

Desta forma, pode-se entender as agências reguladoras como sendo entes da Administração Indireta, considerados como autarquias sob regime especial, às quais foi atribuída relevante autonomia, em relação à Administração Central, e cuja direção será exercida por um colegiado escolhido pelo Chefe do Executivo, não sendo permitida a exoneração *ad nutum* de seus membros.

Ainda cabe trazer à colação conceito formulado por Marçal JUSTEN FILHO, o qual contribuirá para que se tenha uma idéia do âmbito de atuação e dos poderes das agências reguladoras. Para JUSTEN FILHO uma agência reguladora “é uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta”.<sup>4</sup>

A partir dessa definição ofertada por JUSTEN FILHO, pode-se, por fim, conceituar agência reguladora como sendo uma autarquia, classificada como sendo de regime especial, dotada de ampla autonomia frente à Administração Direta, criada por lei com a finalidade de intervir no domínio econômico, a qual exercerá suas atividades, inclusive aquelas referentes à sua competência regulamentar e de solução de conflitos entre particulares, através de um órgão diretivo escolhido pelo Chefe do Executivo, vedada a exoneração *ad nutum* de seus membros.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

As agências reguladoras, conforme já mencionado no item anterior, são entes pertencentes à Administração indireta, e vêm sendo classificadas como autarquias de regime especial, ou sob regime especial. Contudo, não há diploma legal, nem tampouco posicionamento doutrinário, que determine em termos específicos o que seja o dito regime especial.

Assim, pode-se afirmar que não há um conceito unívoco do que sejam as autarquias especiais. Entretanto, como bem destaca JUSTEN FILHO, “um núcleo

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 344.

fundamental consiste na ausência de submissão da entidade, no exercício de suas competências, à interferência de outros entes administrativos. A produção dos atos de competência da autarquia não depende da aprovação prévia ou posterior da Administração direta, tal como não se verifica uma competência de revisão desses atos.”<sup>5</sup>

Em termos genéricos, o regime especial é caracterizado por uma outorga de relevante parcela de autonomia a esses entes frente à Administração direta, autonomia essa que não deve ser confundida com aquela ordinária, que normalmente é conferida às autarquias. A característica autônoma dada a estas últimas é bem menor do que a que seria recomendável às agências reguladoras, ou até mesmo às próprias autarquias, que, conforme destaca Alberto VENANCIO FILHO, apud ARAGÃO, vêm sofrendo “um processo de atrofiamento em virtude de irem perdendo, progressivamente, as características autônomas que apresentavam, para serem absorvidas pelo regime da administração direta do Estado.”<sup>6</sup>

A importância de que as agências não sejam criadas como simples autarquias reside justamente na necessidade de ser conferida a esses entes uma autonomia reforçada no exercício das funções regulatórias, posto que do contrário estaria sendo extirpada boa parte da agilidade e eficiência, fundamentais para um bom desempenho dessas atividades.<sup>7</sup>

Analisando a questão da autonomia, pode-se afirmar que a ausência de submissão a outros “entes administrativos” é característica mínima a ser atribuída às agências, buscando, dessa maneira, preservar a autonomia devida a tais entidades. Essas características especiais serão definidas nas leis que instituem as agências reguladoras, já que a simples denominação “autarquia especial” não tem o condão de conferir a autonomia reforçada necessária ao exercício de suas funções.

Neste sentido, faz-se mister trazer a colação lição de ARAGÃO:

---

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.391.

<sup>6</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico* – O direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 414.

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p. 272.

O que se deve ser frisado é que não há maior grau de autonomia que advenha pura e simplesmente da mera expressão “autarquia de regime especial”, mas sim do regime jurídico objetivamente dado pela lei instituidora da entidade, até porque existem muitas autarquias nominalmente “de regime especial” cuja autonomia nada tem de especial em relação às demais autarquias. Neste caso teríamos um regime especial meramente formal, desvestido de maiores consequências práticas (...). Em outros casos, em que realmente a autarquia possui um regime jurídico que lhe confere considerável autonomia em relação à Administração Pública centralizada, temos, independentemente da nomenclatura adotada pela lei instituidora, um regime materialmente especial.<sup>8</sup>

Destarte, tem-se que o grau de autonomia das agências reguladoras depende da lei que as criou. A simples denominação “autarquia especial”, na realidade, não confere, de maneira alguma, a autonomia necessária ao desempenho ideal de suas funções. É necessário que a legislação atribua-lhe os “instrumentos” necessários à manutenção de seu “isolamento” das decisões governamentais, ou, o das próprias empresas reguladas.

Logo, como ensina JUSTEN FILHO:

....se trata de uma pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica de Direito Público, que não desempenha atividade econômica em sentido restrito. Mas a qualificação da agência reguladora como autarquia não significa reconhecer a identidade de seu regime jurídico com qualquer outra autarquia. Não existe um regime jurídico único para as autarquias, incumbindo à lei instituidora definir o conjunto de princípios e regras aplicáveis – sempre observados os princípios, regras e limites constitucionais...<sup>9</sup>

Vale dizer, portanto, que, embora se caracterizem, de maneira genérica, as agências reguladoras como autarquias sob regime especial, em verdade, o regime jurídico desses entes é completamente variável, já que dependem da lei que as criou, sendo aí estabelecida a sua forma propriamente dita, tendente, sempre, à busca de forte autonomia frente a administração direta.

### 2.3 ÂMBITO DE ATUAÇÃO

No item 2.1 procurou-se trazer uma noção do que sejam as agências reguladoras. Como visto, tais entes integram a Administração Indireta e tem como finalidade regular determinadas atividades econômicas. Resta, portanto, para que se

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. op. cit., p. 273-274

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 391.

possa melhor entender esses entes regulatórios, definir qual o seu âmbito de atuação, ou seja, quais são as atividades passíveis de sofrerem os efeitos da regulação por parte dessas agências.

Como bem ressalta Leila CUÉLLAR, no Brasil as agências reguladoras têm por principal escopo “regular serviços públicos cuja execução passou a ser prestada por particulares”. Contudo, não se encontra restrita a este objetivo, podendo ter por objeto outras atividades econômicas, tal qual se dá no modelo norte-americano e no modelo francês.<sup>10</sup>

Pode-se, então, afirmar que as agências reguladoras podem ter como objetivo regular atividade econômica diversa dos chamados serviços públicos. Exemplos disso são: a Agência Nacional do Petróleo – ANP; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; e a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Em todos esses casos as referidas agências não regulam serviço público, mas sim “uma atividade economicamente relevante.”<sup>11</sup>

Complementado tal entendimento, cumpre trazer à colação rol elaborado por BANDEIRA DE MELLO, no qual apresenta as atividades que podem estar sujeitas à disciplina e ao controle das agências reguladoras, *in verbis*:

- (a) *serviços públicos propriamente ditos*. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, (...), e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, (...), da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ...
- (b) *atividades de fomento e fiscalização de atividade privada*, caso da Agência Nacional de cinema – ANCINE...
- (c) *atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo* cuja disciplina e controle competem à Agência Nacional do Petróleo – ANP...
- (d) *atividades que o Estado também protagoniza* (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício na livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (...) (hoje denominada ANVISA...)...
- (e) Finalmente, há, ainda, *agência reguladora do uso de bem público*, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas...<sup>12</sup>

<sup>10</sup> CUÉLLAR, Leila. *As agência reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 77.

<sup>11</sup> Ibid., p. 78.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 157-158.

Por todo o exposto, pode-se asseverar que as agências reguladoras poderão exercer suas atividades de disciplina e controle sob quaisquer atividades econômicas, desde que haja relevância para tal intervenção, não sendo, assim, necessário que se tratem de serviços públicos propriamente ditos.

## 2.4 A ATIVIDADE REGULATÓRIA

### 2.4.1 Atividade Normativa

O poder de editar normas é essencial para o exercício da atividade regulatória, encontrando-se inserto na própria idéia de agências reguladoras, sendo, inclusive, pouco crível que estas pudessem sequer existir sem que lhes fosse atribuída essa competência normativa.

De acordo com CUÉLLAR, “na própria noção de agências reguladora está implícita a idéia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências”.<sup>13</sup>

Dada a importância da presente questão para a abordagem do ponto principal deste estudo, ou seja, a participação popular no poder normativo das agências reguladoras, tratar-se-á dessa competência conferida aos entes regulatórios de forma mais aprofundada em capítulo subsequente.

### 2.4.2 Atividade Fiscalizadora

Às agências reguladoras cumpre o dever de fiscalizar as atividades das empresas do setor regulado, visando, assim, garantir os direitos dos usuários

---

<sup>13</sup> CUÉLLAR, Leila, op. cit., p.107

Segundo ARAGÃO, a razão pela qual se faz necessária a função fiscalizatória é variável de acordo com o caráter da agência. A partir desse critério de variação, o autor divide as agências, basicamente, em três espécies, tais sejam:

(a) reguladora de serviço, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente; (b) reguladora da exploração privativa de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual; ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que poder ser clássico ou econômico.<sup>14</sup>

Esta atividade fiscalizadora das agências reguladoras não constitui qualquer exclusividade na Administração Pública. Muitos outros entes públicos também gozam de tal prerrogativa. Vale ressaltar, entretanto, que, no âmbito das agências, os meios adotados são os mais modernos disponíveis para o desempenho desta função. Poucos são os outros ramos da Administração, especialmente os referentes à economia, ao urbanismo e ao meio ambiente, que se utilizam os mesmos instrumentos.<sup>15</sup>

#### 2.4.3 Atividade Sancionatória

É um desdobramento da atividade fiscalizatória. Na hipótese de descumprimento de lei, regulamentos ou cláusulas contratuais por parte do agente regulado, as agências têm competência para aplicar sanções, desde que baseadas em dispositivo legal, ainda que genérico.<sup>16</sup>

ARAGÃO entende que haveria a possibilidade de que as sanções fossem estabelecidas pelas próprias agências<sup>17</sup>. Tal posicionamento, entretanto, não parece ser o mais acertado, já que confere aos regulamentos expedidos pelas agências poderes para normatizar questão que faz parte da reserva legal, ou seja, matérias que só poderão ser tratadas por lei.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p.317.

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> Ibid., p.318

<sup>17</sup> Id.

<sup>18</sup> Como exemplo de matérias que fazem parte da referida reserva, pode-se citar, além do estabelecimento de sanções, a criminalização de determinada conduta, ou a instituição de tributos.

O que se apresenta mais plausível é a flexibilização das sanções aplicadas, em face dos princípios da flexibilidade e da consensualidade, amplamente aplicados quando da atuação das agências reguladoras.

Por fim, vale destacar que essa função, como visto, decorre da própria atividade fiscalizatória, já que a simples fiscalização, sem qualquer coerção para o cumprimento das regras, de nada adiantaria. Deve-se ressaltar que a imposição deverá ser sempre fundamentada em tipo expresso em lei, observando, assim, o princípio da legalidade.

#### 2.4.4 Atividade Julgadora

Possuem as agências reguladoras competência para decidir administrativamente os conflitos entre o Poder Concedente, os delegatários e os usuários. Essa função julgadora visa não só a composição de conflitos *inter partes*, como também de conflitos subsetoriais, como, por exemplo, entre consumidores e concessionárias.

Como bem ressalta ARAGÃO, “... a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização das políticas públicas cuja implementação lhes incumbe”.<sup>19</sup> Tal posição se caracteriza, principalmente, pela busca não apenas de soluções de conflitos inter pessoais, mas também de conflitos entre setores, conforme modelo adotado nos Estados Unidos.

---

<sup>19</sup> Ibid., p.319.



### 3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU PODER NORMATIVO

As leis que instituíram as agências reguladoras no direito pátrio e, no caso da ANATEL e da ANP, a Constituição Federal, atribuíram a essas competências para expedir normas jurídicas. Essa situação, embora essencial para a efetiva atuação dos órgãos regulatórios, como visto acima, gera uma série de questionamentos sobre a constitucionalidade deste poder conferido às agências, principalmente frente aos princípios da separação dos poderes e da legalidade.<sup>20</sup>

#### 3.1 A ORIGEM DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para que se proceda a uma análise do poder normativo das agências reguladoras se faz necessário averiguar qual a origem deste poder. Uma das primeiras hipóteses a ser verificada é a da delegação legislativa, já que é a utilizada nas agências norte-americanas, as quais serviram de modelo para as agências pátrias.

Iniciando tal investigação, cumpre trazer um conceito do que seja uma delegação legislativa. Segundo CUÉLLAR, delegação legislativa “é espécie de delegação de poderes, por meio da qual há uma transferência da função legislativa, constitucionalmente deferida ao Poder Legislativo, a outros órgãos, principalmente ao Poder Executivo, para que estes a exerçam.”<sup>21</sup>

A delegação, conforme continua a referida autora, “é a outorga, específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Específica porque a delegação exige conteúdo certo e predeterminado. Precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de, a qualquer tempo, ser retomado pelo ente delegante.”<sup>22</sup>

Permite-se, diante do exposto, concluir que a delegação legislativa é uma outorga, específica e precária, da função legislativa, constitucionalmente atribuída ao Legislativo, a órgão distinto deste.

---

<sup>20</sup> CUÉLLAR, Leila, op. cit., p.107.

<sup>21</sup> Ibid., p. 111.

<sup>22</sup> Ibid., p. 112. ~

Uma vez entendido o conceito de delegação legislativa, cumpre analisar o seu cabimento no ordenamento jurídico pátrio, bem como a sua adequação ao modelo de agências reguladoras adotado no Brasil.

CUÉLLAR aponta como primeiro óbice à adoção da referida espécie de delegação em solo brasileiro, o “fato de que para a teoria da separação dos poderes, em sua concepção tradicional, o poder é exercido em nome do povo e quem age por delegação não pode transferir o que não lhe pertence.”<sup>23</sup>

Em face disso, tem-se que uma vez detentor, e não possuidor, da função legislativa, não cabe ao Legislativo, por assim dizer, dispor do que não é seu, ou seja, atribuir sua competência de editar leis a qualquer outro órgão.

Além do argumento utilizado para que seja refutada tal forma de outorga de poderes, em que pese a ausência de vedação constitucional à delegação legislativa, vários são os fundamentos que sustentam tal entendimento. Neste sentido CUÉLLAR refere-se ao ensinamento de Luís Roberto BARROSO, que entende, por sua vez, que a delegação legislativa afronta normas e princípios, dentre os quais o da separação de poderes, o da representação política, o da supremacia da Constituição, bem como o do devido processo legal.<sup>24</sup>

Em sentido similar discorre Sérgio FERRAZ:

Outra corrente procurou o fundamento da faculdade regulamentar nela divisando uma delegação legislativa. Teria, assim, essa índole a disposição constitucional que mais ou menos amplamente, atribui ao Executivo essa função. Para quem, a exemplo de Duguit e Jèze, não trace diferença material entre lei e regulamento, talvez a explicação fosse satisfatória. Mas sua insuficiência é patente. Em primeiro lugar, porque encerra renúncia inadmissível à busca de critérios diferenciais, difíceis mas existentes, entre uma e outra categoria de norma. Em segundo lugar, porque representa, à luz do direito moderno, assentado no princípio da separação dos poderes, evidente retrocesso. Por último, porque se choca com a esmagadora maioria do direito constitucional positivo vigente atualmente, em que ou as delegações são formalmente vedadas, ou restrita e expressamente admitidas.<sup>25</sup>

Visto isto, parece ser correto afirmar que tal espécie de delegação não é aceitável dentro do ordenamento brasileiro.

<sup>23</sup> Ibid., 112-113.

<sup>24</sup> Ibid., 113.

<sup>25</sup> FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito: desapropriação de bens públicos; o prejudicado trabalhista em face da Constituição; regulamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 108.

Entretanto, não se pode olvidar que há doutrinadores, como bem acentua CUÉLLAR, que entendem que a delegação legislativa se faz necessária, frente às necessidades do Estado moderno, bem como se faz possível, diante de um abrandamento de princípios como o da separação de poderes e da indelegabilidade de poderes. Contudo, vale ressaltar que, em sendo possível a admissão deste tipo de delegação, deveriam ser instituídos meios de controle do desempenho da função pelo órgão delegatário.<sup>26</sup>

Neste diapasão, caso fosse possível a delegação legislativa às agências reguladoras brasileiras, seria necessário o estabelecimento de mecanismos e controle político dos atos normativos emanados por tais entes, o que não se verifica na realidade atual.

Além disso, conforme assevera CUÉLLAR, “é preciso observar que, na medida em que a delegação é sempre precária e excepcional, caso o poder normativo das agências derivasse de delegação, poderia, em tese, ser cassado, o que acarretaria extinção das agências – ou frustração de sua natureza jurídica essencial”.<sup>27</sup>

Em face de todo o exposto, verifica-se que o poder normativo das agências reguladoras não advém de uma delegação legislativa, tal como ocorre no modelo norte-americano.

A partir de tal constatação novas considerações deverão feitas, principalmente relativas à conceituação e extensão da competência normativa.

Primeiramente, faz-se mister ressaltar que competência legislativa e competência normativa não se confundem.

Neste sentido JUSTEN FILHO define competência legislativa como a indicação da “titularidade do poder do poder para produzir uma categoria de ato estatal típico, consistente na *lei*.”<sup>28</sup> Em contrapartida, conceitua competência normativa como sendo aquela orientada “à produção de categorias similares à lei, que também se orientam a disciplinar a conduta humana e que, em última análise, geram normas jurídicas.”<sup>29</sup>

<sup>26</sup> CUÉLLAR. Leila. op. cit., p. 114-116.

<sup>27</sup> Ibid., p. 116.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 486.

<sup>29</sup> Ibid., p. 487.

Neste diapasão assevera JUSTEN FILHO que “a expressão *competência normativa* apenas pode ser utilizada se acompanhada da advertência que se refere a um gênero de competências estatais, relacionadas à produção de atos destinados a gerar normas jurídicas. Sob esse ângulo, a competência legislativa é uma modalidade de competência normativa.”<sup>30</sup>

Poderia-se, então, entender-se a competência normativa como sendo o gênero do qual a competência legislativa é espécie. Assim, “a competência normativa é o poder estatal de produzir atos de cunho vinculante para a conduta humana. A lei é uma das categorias de atos de cunho vinculante, mas não a única.”<sup>31</sup>

Neste sentido dispõe Hely Lopes MEIRELLES:

A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanesecendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos. Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto, não se pode confundir *lei e regulamento*.<sup>32</sup>

Visto isto, constata-se que a competência normativa não se exaure quando da atividade legislativa. Neste panorama, visualiza-se certo campo para a produção de normas, gerais e abstratas, para o Executivo, o qual desempenha a sua atividade através dos regulamentos.

Os regulamentos, nas palavras de Eros Roberto GRAU, “são estatuições primárias – impostos por força própria – ainda que não emanados de um poder *originário*. Por isso se apresentam como *derivados*, no sentido de que devem fundar-se sobre uma atribuição de poder normativo contida explícita ou implícita na Constituição ou em uma lei formal.”<sup>33</sup>

Assim, constata-se que o poder normativo das agências reguladoras, pertencentes ao Executivo, mais precisamente à Administração Indireta, poderá, quiçá, ser decorrente do poder regulamentar, ordinariamente conferido ao Presidente da

---

<sup>30</sup> Id.

<sup>31</sup> Id.

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 124

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p.243.

República. Assim, tal dúvida só poderá ser afastada se verificado se a competência regulamentar não está limitada ao Chefe do Executivo.

### 3.1.1 Competência Regulamentar - O Caráter não Exclusivo da Competência Normativa do Chefe do Poder Executivo

Para que se possa tratar da competência normativa das agências reguladoras, *a priori*, deve-se analisar a existência ou não de caráter exclusivo do Presidente da República na edição de regulamentos.

A análise do presente tema deve desvencilhar-se de qualquer interpretação meramente literal e isolada do artigo 84, IV, da Constituição Federal, que leve à constatação de que somente o Chefe do Executivo poderá exercer o poder regulamentar.<sup>34</sup>

Tal afirmação decorre do fato de que, por diversas vezes, a lei confere o poder regulamentar a titular de entidade ou órgão administrativo diverso do Chefe do Executivo. Indo ao encontro de tal posicionamento, ARAGÃO defende a possibilidade de “descentralização do poder normativo do Executivo” para órgãos ou entidades “tecnicamente mais aparelhados”.<sup>35</sup>

DANTAS, referindo-se ao assunto, assim leciona, apud CUÉLLAR:

...o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não acha hoje enclausurada na competência de um só órgão eventualmente mais apto por se acharem em contacto imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p.381.

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> DANTAS, F.C. San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p.203-204.

No mesmo sentido ensina Cáio TÁCITO, apud ARAGÃO:

se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede – antes em determinadas circunstâncias aconselha – possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo. (...) A norma de competência do Presidente da República é enumerativa, não sendo válido o raciocínio *a contrario sensu*, excludente de outra fórmula de ação normativa que a discricionariedade do Legislativo entenda necessária ou conveniente.<sup>37</sup>

Todas estas considerações conduzem a conclusão de que o poder regulamentar não deve se quedar adstrito ao Chefe do Executivo, cabendo ao texto legal, diante de certas circunstâncias, conferir tal competência a órgãos e entidades da Administração, como as agências reguladoras.

Adotando esse mesmo entendimento, JUSTEN FILHO apresenta argumento adicional, traçando um comparativo entre o Poder Legislativo e o Poder Regulamentar.<sup>38</sup>

Sustenta o referido autor que, no caso da competência legislativa, considerada superior à regulamentar, já que inova o ordenamento jurídico, há possibilidade constitucional de delegação, não seria lógico que a competência regulamentar, inferior em importância em relação à primeira, não fosse passível de delegação.<sup>39</sup>

O posicionamento de JUSTEN FILHO mostra-se muito interessante, já que trata do tema de maneira diferenciada, vindo a somar-se aos demais, reforçando a idéia de que o poder regulamentar não é exclusivo do Chefe do Poder Executivo, podendo vir a ser atribuído, através de lei, a entes e órgãos administrativos, dentre os quais as agências reguladoras.

Assim sendo, ou seja, constatado que a edição de regulamentos não é atribuição exclusiva do Chefe do Executivo, pode-se afirmar que o poder normativo das agências reguladoras decorre da competência regulamentar, a qual, como visto, resulta da competência normativa, da qual a legislativa é apenas uma espécie.

Uma vez verificada a origem do poder normativo das agências reguladoras, proveniente do poder regulamentar, cumpre estabelecer os limites de tal atuação. A

<sup>37</sup> TÁCITO, Caio. Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, Tomo 2, p.1079 e 1088.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit. p.519.

<sup>39</sup> Id.

abordagem deste ponto leva à necessidade de se examinar os chamados regulamentos autônomos, os quais vêm sendo, por longo tempo, objeto de intensa discussão doutrinária.

## 3.2 OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR E A ADMISSIBILIDADE DO REGULAMENTO AUTÔNOMO NO DIREITO BRASILEIRO

### 3.2.1 Regulamento Autônomo – A Diversidade de Entendimentos Frente ao seu Cabimento no Direito Pátrio.

O estudo dos regulamentos autônomos arrasta, por longo tempo, um debate doutrinário que não apresenta um deslinde definitivo. Embora o posicionamento majoritário incline-se por sua rejeição, doutrinadores de grande expressão defendem a existência dos regulamentos autônomos no direito pátrio.<sup>40</sup>

A referida discussão, que havia reduzido de intensidade, voltou a ser objeto dos debates doutrinários atuais. Isto se deu em grande parte pela implantação da figura das agências reguladoras no Direito brasileiro, mais especificamente em virtude do poder normativo conferido a tais entes.

Em verdade, para que se tenha alguma compreensão da extensão, ou mesmo um reconhecimento do poder normativo das referidas agências, faz-se necessária uma análise sobre a figura dos regulamentos autônomos no ordenamento jurídico nacional, já que, como anteriormente exposto, os entes regulatórios ora tratados pertencem à estrutura da Administração Pública ligada ao Poder Executivo, possuindo competência para editar normas gerais e abstratas, capazes de inovar o ordenamento jurídico e atingir um número indeterminado de pessoas.<sup>41</sup>

Neste item, buscar-se-á ilustrar o assunto com as posições de alguns dos principais autores nacionais que cuidam da presente questão.

---

<sup>40</sup> Entre os principais defensores dos regulamentos autônomos figuram: Sérgio Ferraz, Eros Roberto Grau e Hely Lopes Meirelles.

<sup>41</sup> Como exemplo pode-se citar o caso em que as agências estipulam as formas de reajuste das tarifas do serviço prestado. Neste caso, existirá uma norma que irá gerar efeitos a um número indefinido de sujeitos

### 3.2.2 Entendimentos Favoráveis

#### 3.2.2.1 Eros Roberto Grau

Uma das teorias formuladas no sentido da aceitação do regulamento autônomo no direito pátrio é aquela que advoga no sentido de que a competência para formular tais atos advém da necessidade que tem a Administração Pública de atingir os objetivos a si atinentes, que não poderiam ser buscados senão através do exercício normativo.

Esta posição é defendida, dentre outros autores<sup>42</sup>, por GRAU.

GRAU entende ser equivocada a compreensão que certa parcela da doutrina adota diante dos regulamentos autônomos. Defende o autor não ser válido o fundamento utilizado por grande parte dos autores contrários a tal espécie regulamentar, alicerce este que advém da redação dos artigos 5º, II e 84, IV, ambos da Constituição de 1988, os quais determinam que o Poder Executivo não poderá impor restrições à liberdade dos indivíduos.

Essa doutrina, como se vê, adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de *separação* e não de *equilíbrio* entre os poderes. além de prestar acatamento exagerado, e radical, à ideologia liberal. Por isso mesmo, ignora a realidade, supondo-a existente em função do direito... Em favor dessa doutrina, a Constituição brasileira de 1988 refere, no § 4º de seu art. 60, com todas as suas letras, a “separação dos Poderes”! Esse texto, não obstante, deve ser interpretado, o que importará interpenetração entre o *mundo do dever-ser* e o *mundo do ser*, além de uma necessária reflexão, para o quê não basta, a quem pretende interpretar, ser alfabetizado. O tratamento do direito não é acessível a amadores; nem mesmo a profissionais desatualizados em relação à evolução do pensamento jurídico.<sup>43</sup>

Justificando sua posição, GRAU sustenta a necessidade da edição dos chamados regulamentos autônomos, sendo estes, em verdade, um imprescindível instrumento na atuação da Administração na persecução das matérias que são de sua competência.

<sup>42</sup> Esta posição é também sustentada por Sérgio Ferraz.

<sup>43</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit., p.246.



Os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir de atribuição implícita do exercício da função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanção é indispensável à efetiva atuação Executiva em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência.

Verifica-se, portanto, no caso deles, atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo. O exercício da função administrativa impõe, em certos casos, o exercício ancilar de função normativa. Exemplificando com o art. 21, XII, da Constituição de 1988, que assinala a competência da União – Executivo – para explorar determinados serviços públicos. Quando essa exploração se dá mediante autorização, permissão ou concessão, se impõe a emanção de *regulamento autônomo* para regulamentar a exploração dos serviços. Outros exemplos encontraremos nos incisos IX, X e XII do art. 84, e seu parágrafo único do texto constitucional.<sup>44</sup>

Visto isso, procurando, de maneira parca, condensar o pensamento de GRAU, tem-se que a edição dos regulamentos autônomos é inerente à própria atuação do Poder Executivo, sendo imprescindível, em muitos casos<sup>45</sup>, a edição dos referidos atos para que a atividade executiva possa vir a ser executada de maneira bem sucedida.

Por fim, vale lembrar que o autor suporta seus argumentos afastando as alegações de vedação constitucional em relação à prática destes atos.

### 3.2.2.2 Sérgio Ferraz

FERRAZ vislumbra a possibilidade de edição de regulamentos autônomos no direito pátrio, considerando este instrumento como um dos principais meios de adaptar a realidade normativa à realidade fática, acompanhando as principais mudanças que ocorrem no seio da sociedade.

Se historicamente o regulamento de execução é a primeira manifestação importante do poder regulamentar, após a consagração do princípio da separação dos poderes, dúvida não resta quanto à maior significação, em nossos dias, do chamado regulamento autônomo ou independente, em face da tremenda complexidade, e aceleração dinâmica dos fenômenos político-sociais de nossos dias.<sup>46</sup>

Assim como GRAU, FERRAZ entende que se trata de uma competência dada ao Executivo nos casos em que a emissão de atos normativos se torne indispensável

<sup>44</sup> Ibid., p. 252-253.

<sup>45</sup> Uma hipótese em que se vislumbra a necessidade da edição de regulamentos autônomos é quando o Legislativo é omissor e, em virtude desta omissão, o Executivo queda-se impossibilitado de praticar atos que a ele são atribuídos.

<sup>46</sup> FERRAZ, Sérgio. *op. cit.*, p. 119

para o desempenho de suas funções, ou seja, “...ela decorre do dever que tem a Administração de organizar e tornar plausivelmente efetiváveis as atribuições que lhe são próprias.”<sup>47</sup>

Para melhor visualização de tal posição, cumpre trazer a colação lição de FERRAZ:

Os regulamentos autônomos têm como campo de ambiência, freqüentemente admitido, um dos dois seguintes terrenos: ou aquela área não expressamente reservada à lei, e onde norma legal *stricto sensu*, ainda não foi editada (a *Rechtsfreiesphäre* deferida à Administração ou, como no direito americano, o campo dos poderes residuais); ou a chamada “reserva da Administração”, isto é, aquela em que, por disposição de lei maior, é livre, discricionário e exclusivo o desenrolar da ação administrativa. No primeiro caso a superveniência de lei revogará a norma regulamentar. No segundo, a iniciativa legislativa padecerá de insanável ilegitimidade. Pode ocorrer, quando se trate da primeira hipótese, que alguma lei formal já exista, sem esgotar, entretanto, a normatividade possível conquanto limitando a discricção administrativa.<sup>48</sup>

Neste panorama, o autor visualiza duas hipóteses de cabimento: quando houver omissão do legislativo ou quando não for esgotada toda normatividade admissível, desde que a matéria não faça parte da chamada reserva legal; ou quando a matéria estiver dentro da “reserva da Administração”, ou seja, aquela área em que, por disposição constitucional, só é permitida atuação emanada do Executivo.

Por fim, deve restar bem frisado que embora aceite a figura do regulamento autônomo, FERRAZ o faz dentro de limites estritos, não vislumbrando a possibilidade, sob pena de invalidade, de serem criados regulamentos fora das duas hipóteses apontadas pelo autor.

### 3.2.2.3 Hely Lopes Meirelles

MEIRELLES foi um dos grandes defensores do regulamento autônomo no direito brasileiro. O referido autor entendia que tais atos normativos são uma necessidade para o devido desempenho da atividade executiva do Estado, posto que não seria razoável que o Poder Executivo deixasse de exercer suas funções em face de uma omissão do Poder Legislativo.

---

<sup>47</sup> Id.

<sup>48</sup> Id.

Há que se ressaltar que o referido autor entende de maneira restritiva a possibilidade de edição dos chamados regulamentos autônomos. Segundo MEIRELLES, a atuação normativa do executivo só teria espaço naquelas matérias excluídas da competência exclusiva do Legislativo, chamadas de reserva legal <sup>49</sup>

Assim, asseverava MEIRELLES:

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislador que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder *regulamentar*, através de *decreto*, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei – não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).<sup>50</sup>

Poderá, assim, o Executivo, diante da omissão do Legislativo, editar regulamentos autônomos, já que nem toda a competência normativa encontra-se sob o manto da chamada reserva legal. “A faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos.”<sup>51</sup>

Outra limitação ao exercício da competência normativa do Executivo através dos regulamentos autônomos, diz respeito à questão da hierarquia das normas, conforme bem ressaltava MEIRELLES; “sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por elas traçados. Na omissão da lei, o regulamento supre lacuna, até que o legislador complete os claros da

<sup>49</sup> Hely Lopes MEIRELLES ressaltava: “A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legis* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as *reservas da lei*, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 176)

<sup>50</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 124.

<sup>51</sup> Ibid., p. 113.

legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei.”<sup>52</sup>

Tal afirmação vem a reforçar o explicitado acima, ou seja, só poderá ser utilizado o regulamento autônomo quando existir omissão legislativa, e somente nas matérias excluídas da reserva legal. A partir do momento em que for sanada tal omissão, em virtude da hierarquia das normas, o regulamento deixará de produzir seus efeitos.

#### 3.2.2.4 Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO encontra-se no rol daqueles que entendem ser possível a edição, por parte do Executivo, de atos normativos que venham gerar obrigações gerais e abstratas. O fundamento utilizado pelo autor é a chamada “deslegalização” ou “delegificações”.

MOREIRA NETO define a deslegificação como sendo a “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*).”<sup>53</sup>

Acontece que para que se reconheça a possibilidade de ocorrer a chamada deslegalização, é necessário que seja estabelecida no ordenamento jurídico a existência de um poder regulamentar do Executivo. Tal fenômeno certamente não ocorre nos países anglo-saxões, contudo, nos “sistemas jurídicos continentais, de tradição justiniana, o problema é bem mais simples, pois em geral já se tem neles reconhecido, com maior ou menor extensão e de longa data, um espaço normativo da Administração, bem como a possibilidade dela vir a receber também vários tipos de delegações legislativas.”<sup>54</sup>

Cumprido o requisito acima referido, ou seja, a existência de poder regulamentar do Executivo, simples é o processo de deslegalização, bastando, em verdade, mera disposição legal neste sentido, não sendo necessário “penetrar na

<sup>52</sup> Ibid., p. 113.

<sup>53</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999. p.77.

<sup>54</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza..., p.76.

*matéria* de que trata, bastando-lhe abrir a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por *atos próprios* que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa continuar a ser exercido um controle político sobre eventuais exorbitâncias”<sup>55</sup>

MOREIRA NETO ressalta que a *deslegalização* recebeu tratamento expreso na Carta Magna de 1988, sendo possível “amplo campo de aplicação federativo”, conforme disposição do parágrafo único do art. 22 da CF, além das demais previsões neste sentido no decorrer do texto constitucional.<sup>56</sup>

Além dos casos previstos originariamente em sede constitucional, duas novas hipóteses de *deslegalização* foram inseridas no corpo da Carta Magna, conforme se pode verificar através de ensinamento de MOREIRA NETO.

A primeira delas pela Emenda nº 8, de 15 de agosto de 1995, ao prever a existência de um *órgão regulador* autônomo para exercer funções normativas sobre os serviços de telecomunicações (art. 21, XI).

A segunda deslegalização por reforma constitucional decorreu da Emenda Constitucional nº 9 de 9 de novembro de 1995, ao prever a criação de um *órgão regulador* autônomo para exercer funções normativas sobre o monopólio do *petróleo* da União (art. 177, § 2º, III).<sup>57</sup>

O tratamento constitucional especial ofertado a esta matéria não quer dizer, de maneira alguma, que a *deslegalização* só possa ocorrer em sede constitucional, conforme se deduz por força do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando determina a revogação dos “dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional...”(art. 25, ADCT).

Neste sentido discorre MOREIRA NETO:

Como não se proibiu genericamente a delegação, há de se entender que o legislador constituinte pretendeu reestruturar, a partir da nova ordem jurídica do País, *todas as hipóteses de deslegalização*, o que efetivamente vem ocorrendo a partir de então, tanto em nível constitucional quanto em nível legal.

Embora se possa opor a esta conclusão, em doutrina, uma visão ainda aferrada à antiga regra da indelegabilidade, parece que tanto a tendência flexibilizadora, que tem caracterizado a

---

<sup>55</sup> Ibid., p.77.

<sup>56</sup> Ibid., p.78.

<sup>57</sup> Id.

evolução do Direito Público contemporâneo, quanto a própria ausência de regra vedatória, corroboram-na, no sentido de que a deslegalização legal será sempre possível.

Só não o será, todavia, se a própria Constituição proibí-la específica e expressamente, isso porque, a admitir-se outro modo, se estaria aceitando uma redução de poderes do Congresso para dispor, conforme a matéria e as circunstâncias, sobre como deverá exercer sua própria competência.<sup>58</sup>

Embora não haja sede específica para que se dê a deslegalização, não se pode afirmar que não existam outros limites a serem considerados quando da sua operacionalização. Um desses parâmetros a ser observado diz respeito à já abordada reserva legal. A identificação desse campo estéril à ação da deslegalização se dá facilmente, já que a “indicação dessas *matérias insuscetíveis de deslegalização*, como não poderia deixar de ser, deve estar também *especificamente formulada* no texto constitucional, e podem ser identificadas pela expressa referência a *determinada lei, hipoteticamente considerada para o caso de que trata o dispositivo em questão*.”<sup>59</sup>

Assim sendo, verifica-se que a teoria da deslegalização aceita a edição de regulamentos autônomos. Contudo, como nos demais casos já tratados, tal atividade estará sujeita a determinados limites, não podendo se transformar em um instrumento para a livre delegação de poderes legiferantes, devendo ser observada a ordem constitucional, principalmente no que tange à reserva legal específica.

### 3.2.3 Entendimentos Desfavoráveis

#### 3.2.3.1 Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo

Lúcia Valle FIGUEIREDO e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO advogam no sentido de não ser aceitável a edição de regulamentos autônomos no Direito brasileiro. Em virtude disso, ao tratarem do poder normativo das agências reguladoras, o vêm com sérias restrições.

<sup>58</sup> Ibid., p.78-79.

<sup>59</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.172

Para a FIGUEIREDO “as determinações normativas das agências devem se limitar a aspectos estritamente técnicos”.<sup>60</sup>

Ressalta, ainda, que não são todas as agências que podem exaurir normas, mesmo as de caráter estritamente técnico. Tal entendimento é fundamentado na posição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a qual defende que a função reguladora está limitada àquelas agências criadas com fundamento no texto Constitucional, sendo que mesmo nestes casos tal atividade estará sujeita a algumas limitações.

Neste sentido afirma a referida autora:

E mesmo para as que tem fundamento constitucional, a competência reguladora tem que se limitar aos chamados *regulamentos administrativos* ou de *organização*, referidos no item 6.3.1, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado. No caso da ANATEL e da ANP as matérias que podem ser por elas reguladas são exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei.<sup>61</sup>

Referindo-se às agências criadas pela legislação infraconstitucional, DI PIETRO assim assevera:

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar lei, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.<sup>62</sup>

Desta maneira, embora fique patente o repúdio, por parte destas autoras, dos chamados regulamentos autônomos, estas entendem, em casos restritos, quais sejam, nas hipóteses constitucionalmente previstas, a possibilidade da existência de certo poder normativo às agências reguladoras, as quais poderão desenvolver tal atividade, como acima ressaltado, apenas em relação a questões estritamente técnicas.

<sup>60</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145.

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 147.

<sup>62</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 391-392.

### 3.2.3.2 Carlos Ari Sunfeld e Alexandre Santos de Aragão

Com o intuito de evitar um engessamento estatal, dado basicamente pela rigidez e a imutabilidade do texto legal, o que causa, indubitavelmente, um afastamento da realidade e dos anseios da sociedade, Alexandre ARAGÃO e Carlos Ari SUNFELD entendem ser necessário conferir ao “Governo” - entendidas neste contexto as agências reguladoras - competência para a formulação de normas gerais e abstratas.

Neste sentido leciona J.J. GOMES CANOTILHO<sup>63</sup>, apud ARAGÃO:

As leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se transformaram numa *política pública* cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma *teoria geral da regulação jurídica*. (...) A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinoe, N. Achterberg, U. Karpen, E. Baden). A lei é, ao lado das decisões judiciais e das ‘decisões’ da administração, um dos instrumentos de regulação social.

Essa competência normativa, então defendida pelos autores, não se dá através da edição de regulamentos autônomos<sup>64</sup>, mas sim através de atos regulamentares baseados nos *standards* a serem fixados pelo texto da lei. No caso das agências reguladoras, tais *standards* deverão estar descritos na lei que institui, ou instituiu, cada uma das agências.

Os *standards* são fixados através de “palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras”<sup>65</sup>, ou seja, expressões que conferem ao ente regulatório parâmetros dentro dos quais deverá ser desenvolvida a sua atividade normativa. Cumpre ao legislador fixar de maneira nítida os referidos parâmetros posto que “do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa.”<sup>66</sup>

Portanto, o que haveria, em verdade, “é a execução pela Administração Pública da Lei, que, contudo, deixou de estabelecer maiores detalhamentos quanto à matéria

<sup>63</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. “Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um curso de Teoria da Legislação”, Separata do Vol. LXIII do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 09 e 22/3.

<sup>64</sup> Ressalta SUNFELD: “Desejo deixar bem vincado aqui meu ponto de vista a respeito do poder normativo das agências. Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos.” (SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.27.).

<sup>65</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p. 408

<sup>66</sup> SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.27.



legislada, fixando apenas standards e finalidades gerais”<sup>67</sup>, cabendo à Administração traçar os ditames necessários ao devido exaurimento do comando legislativo.

Vale ressaltar que, embora munida de grande discricionariedade, a atuação normativa das agências não deverá ser arbitrária. As normas exauridas pelos entes regulatórios, além de vinculados aos *standards* fixados em lei, devem, como qualquer outra norma jurídica “atender ao devido processo legal, em suas dimensões adjetivas e subjetivas, e a realização dos valores constitucionais.”<sup>68</sup>

Diante do exposto, tem-se que, embora não aceitem a edição de regulamentos autônomos, os referidos autores vislumbram a possibilidade jurídica da existência do chamado poder normativo das agências reguladoras. Isto porque a lei que institui cada um destes entes possui uma baixa densidade normativa em relação a alguns pontos – *standards* – cabendo, então, às agências a função de preencher este vazio legislativo, respeitando, sempre, o devido processo legal, bem como os anseios sociais constitucionalmente protegidos.

### 3.2.3.3 Marçal Justen Filho

JUSTEN FILHO advoga no sentido de ser impossível a edição dos regulamentos autônomos no direito pátrio. Contudo, afirma ser possível a edição de atos com forte carga normativa, os quais não seriam propriamente regulamentos, mas sim atos administrativos editados dentro da competência discricionária, teoria esta que dispensa “a encampação da tese da reserva de espaços próprios e privativos para uma atuação normativa privativa de uma entidade administrativa.”<sup>69</sup>

Fundamentando o seu entendimento, JUSTEN FILHO relaciona uma série de exemplos onde a lei estabelece que determinados entes produzam textos normativos de conteúdo geral e abstrato, conforme se pode constatar do trecho a seguir transcrito:

Ao longo do tempo, a competência discricionária tem sido reconhecida para o desempenho de variada margem de atuação normativa por parte da Administração Pública. Os exemplos

<sup>67</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p.411

<sup>68</sup> Ibid., p. 404

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.507.

podem ser enumerados incansavelmente e apenas alguns deles são adiante expostos, para expor o motivo pelo qual se afirma que a questão é meramente terminológica .

Reconhece-se à Administração competência discricionária ampla para dispor sobre postura de urbanismo. A avaliação da conveniência para a liberação de licenças para construção envolve margens de autonomia para autoridades administrativas e órgãos de planejamento urbano. Existe muita discricionariedade para disciplina acerca da política monetária e financeira. Muito tempo atrás, o IAA e o IBC eram reconhecidos como titulares de competências para regular, com grande autonomia, segmentos relevantes de atividades econômicas.

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, tal como os demais órgãos reguladores de profissão, disciplina o exercício das atividades profissionais.

Em todos os casos, constata-se o exercício de competências normativas gerais e abstratas, que produzem inquestionável inovação na disciplina constante das leis reguladoras.<sup>70</sup>

JUSTEN FILHO prossegue sua exposição alertando que a edição de tais atos, fundados na competência discricionária, não pode ser entendida como um reconhecimento dos regulamentos autônomos, já que no presente caso “verifica-se sempre o *prosseguimento* de regulação instituída por lei”, diferentemente do que ocorre na figura autônoma. Vale dizer, portanto, que não é dado à autoridade administrativa estipular regras sem a existência prévia de uma lei que determine a adoção de tal medida. “É descabido o exercício de competência normativa autônoma que desencadeie a disciplina regulatória para um campo específico sem autorização e disciplina legislativa prévia.”<sup>71</sup>

Outra limitação colocada pelo autor diz respeito ao âmbito de abrangência do ato produzido pela autoridade administrativa, não sendo possível que este “ultrapasse os limites, o espírito ou o conteúdo da lei.”<sup>72</sup>

JUSTEN FILHO ainda levanta questão acerca da nomenclatura a ser empregada a tais atos normativos decorrentes da competência discricionária, questionando se poderiam esses atos ser chamados de regulamentos de execução ou se seriam regulamentos autônomos. Contudo, por fim, posiciona tal discussão no campo da irrelevância, colocando em foco o debate acerca da “extensão das competências atribuíveis ao Executivo por via de lei, para a produção de normas complementares

---

<sup>70</sup> Id.

<sup>71</sup> Ibid., p.508

<sup>72</sup> Id.

destinadas a produzir sua aplicação”<sup>73</sup>, o que leva à necessidade de se exercitar uma reflexão acerca da possibilidade de inovação no ordenamento jurídico através de tais atos.

Complementando sua idéia, JUSTEN FILHO alerta para um ponto que leva a uma certa dificuldade na discussão do presente tema, já que, segundo o referido doutrinador, “cada autor adota uma certa definição para “regulamento autônomo” e, de acordo com essa definição, manifestam-se favorável ou contrariamente à sua existência no Brasil.”<sup>74</sup>

Ainda neste sentido, continua o autor:

Vê-se, portanto, que a questão não reside na disputa sobre a admissibilidade de regulamentos autônomos, mas na determinação da competência normativa atribuída à Administração Pública. Não há muito cabimento em discutir a existência ou não de regulamentos autônomos no Direito brasileiro. Muito mais proveitosos é investigar a amplitude normativa reconhecível aos regulamentos. Em última análise, a controvérsia versa sobre a aptidão dos regulamentos para inovar a ordem jurídica.<sup>75</sup>

Destarte, ou seja, partindo-se do pressuposto de que o ponto essencial a ser analisado reside na questão da inovação na ordem jurídica a partir da edição de regulamentos autônomos, JUSTEN FILHO posiciona-se no sentido da possibilidade de tratamento inédito de matérias através desses regulamentos autônomos, o que o faz nos seguintes termos:

A atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa. O legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções. A lei é um esquema normativo que demanda complementação. O regulamento produzido pelo executivo exerce essa função complementar, visando a assegurar a geração da melhor solução possível.

Ademais disso, o argumento da mera reiteração dos termos da lei conduz a inutilidade da regra constitucional. Excluindo-se a possibilidade de o regulamento conter inovação em face da lei, o resultado seria sua inutilidade. Se todas as inovações à ordem jurídica devessem estar contidas no corpo da própria lei, então não haveria maior função para o regulamento. Logo, nem teria cabimento a Constituição referir-se à figura. Se o fez, alguma função deve ser a ela reconhecida, o que significa a possibilidade de disciplina complementar, inovadora em face das disposições legais.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Id.

<sup>74</sup> Ibid., p. 509

<sup>75</sup> Ibid., p. 510

<sup>76</sup> Ibid., p. 511

Dessume-se, diante do exposto, que o autor aceita a existência de uma figura normativa, decorrente da competência discricionária atribuída aos agentes administrativos, que poderá vir a inovar a ordem jurídica, embora não reconheça os chamados regulamentos autônomos. Deve-se ter em mente, entretanto, que tal exercício não é totalmente livre. O ato normativo em voga só poderá conter inovações compatíveis com a lei.

#### 3.2.3.4 Egon Bockmann Moreira

Egon Bockmann Moreira defende a possibilidade do exercício de um certo poder normativo do executivo, contudo, nega a existência dos chamados regulamentos autônomos propriamente ditos.

Neste sentido, discorre o autor:

... não é possível a existência de verdadeiros, puros e ilimitados “regulamentos autônomos”. que “correspondem ao exercício de prerrogativa de legislar”, enfeixando “faculdade regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem*. Acreditamos que tais prerrogativas regulamentares, que somente possuem fundamento e fronteiras constitucionais, não existem na ordem jurídica brasileira. A criação infraconstitucional de novas entidades e a atribuição a elas de poderes mais amplos não pode implicar o desvirtuamento da essência da Carta Magna.”

Embora negue a existência dos chamados regulamentos autônomos, MOREIRA não deixa de avaliar a questão surgida com a criação de entes como as agências reguladoras, às quais, através da legislação que as criou, foi atribuído certo poder normativo.

O autor ressalta que a novidade que se verifica neste caso é justamente a atribuição de poder normativo através de texto legal, o qual se traduz em “competências mais amplas do que aquela de simples execução dos comandos legais, alcançando a origem de novas hipóteses e mandamentos normativos.”<sup>78</sup>

Nesta esteira, MOREIRA admite a edição de atos normativos pelas agências reguladoras, chegando a denominá-los como regulamentos autônomos, em face da

<sup>77</sup>MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez 1999. p.106

<sup>78</sup> Id.

inexistência de um conceito melhor, ressalvando que estes não poderão ter a abrangência que alguns autores querem conferir aos regulamentos autônomos, devendo sempre estar submetidos a princípios esculpidos no direito pátrio.

#### 3.2.4 Pontos de Contato entre as Teorias – os limites dos regulamentos autônomos

Trazendo novamente à tona imprescindível e importantíssima colocação de JUSTEN FILHO, tem-se que muita da discussão acerca dos regulamentos autônomos advém do conceito adotado pelos autores, o qual, não unívoco, tem levado a conclusões aparentemente diametralmente opostas. Desta forma, a ausência de um paradigma é um dos fatores da divergência de posicionamentos, tais como os acima apontados.

Apesar disto, vale ressaltar que todas as teorias acima abordadas, tanto as que rejeitam quanto as que aceitam a existência do regulamento autônomo no direito pátrio, admitem a possibilidade, em maior ou menor grau, da edição de atos normativos pelas agências reguladoras. O ponto em comum entre todas as teorias é a necessidade de controle na edição de tais atos.

Equalizando os entendimentos de JUSTEN FILHO<sup>79</sup> e de CUÉLLAR<sup>80</sup>, tem-se que há necessidade de se manter a discussão acerca do instituto dos chamados regulamentos autônomos, para que, então, haja uma determinação específica de seu conteúdo, bem como a fixação de uma nomenclatura mais adequada. Contudo, não se pode olvidar que, paralelamente a tal discussão deverá ser estipulado “um conjunto hermenêutico que busque (...) desenvolver um leque de controle de tais atos administrativos”<sup>81</sup>, pois como bem ressalta CUÉLLAR, “antes do que admitir (ou negar) os regulamentos (...) pretender a elaboração de regras hermenêuticas que permitam o seu uso e vedem o seu abuso.”<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.502.

<sup>80</sup> CUÉLLAR, Leila. op. cit., p.123

<sup>81</sup> Id.

<sup>82</sup> Id.

Visando trazer alguns limites à edição de tais atos normativos, traçar-se-á, em breves linhas, baseando-se nos estudos de MOREIRA<sup>83</sup>, bem como nas limitações pontuadas pelos autores aqui abordados, certos aspectos a serem respeitados pelos agentes administrativos quando da edição dos chamados regulamentos autônomos, bem como quando da elaboração de textos normativos por parte das agências reguladoras:

- a) respeito à reserva legal – não poderá o regulamento dispor sobre matéria que deverá ser tratada única e exclusivamente por lei, como nos casos de instituição de crimes, penas e tributos;
- b) lastro legal - O regulamento deverá possuir lastro legal, não podendo, sem que haja prévia lei que assim determine, inovar o ordenamento jurídico;
- c) respeito às garantias e direitos constitucionais e legais dos administrados - O regulamento não poderá restringir os direitos e garantias constitucionais ou legalmente atribuídos aos administrados;
- d) prevalência da lei – no caso de contradição entre a lei o regulamento, prevalecerá a disposição da primeira;
- e) impossibilidade de restrição à atividade econômica – o regulamento não poderá restringir o exercício de atividade econômica, condicionando o seu desempenho à autorização de órgão público, excetuada hipótese em que a lei dispuser neste sentido;
- f) vedação ao efeito retroativo – o regulamento não poderá provocar efeitos retroativos;
- g) fundamentação – o regulamento deverá ser amplamente fundamentado, sendo obrigatória a fixação dos motivos da regulamentação, a finalidade e os limites específicos, não se podendo olvidar que é indispensável a motivação pública;
- h) respeito à divisão de competências entre os entes integrantes da federação;
- i) controle judicial – os regulamentos deverão ser passíveis de controle pelo Poder Judiciário, no que tange “à possibilidade de emanção, quer quanto ao

---

<sup>83</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas..., p.106-107

conteúdo de suas previsões”<sup>84</sup>, já que do contrário abriria-se um campo para o exercício normativo arbitrário, o que resultaria em indubitáveis prejuízos à sociedade.

---

<sup>84</sup> Ibid., p. 107.

#### 4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, LEGITIMIDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Logo no início do texto constitucional brasileiro, verifica-se a existência de uma expressão que merece especial atenção, posto que representa a estrutura estatal estabelecida pela Carta Magna. A referida expressão é o Estado Democrático de Direito, idéia resultante da evolução do antigo conceito de Estado de Direito, provinda ainda do Estado Liberal, acrescida do expressivo vocábulo “democrático”.<sup>85</sup>

A idéia de Estado Democrático de Direito está cunhada logo no art. 1º da Constituição Federal, conforme se pode constatar do texto a seguir transcrito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito...

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente...

A consagração dessa idéia de Estado Democrático de Direito no texto Constitucional tem como função primordial afastar o risco de implantação de um Estado Autoritário em terreno nacional. Na concepção de CANOTILHO, não bastaria para tanto a instituição de um Estado de Direito. Segundo o autor “ele tem de estruturar-se como **Estado democrático de direito**, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”.<sup>86</sup>

Neste diapasão, tendo em vista que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, pode-se considerar que, em terreno pátrio, toda ação estatal está limitada pela vontade do povo. Surge, então, a idéia de legitimidade, a qual, nas palavras de GRAU, pode ser entendida como a “correspondência entre o comando nela [lei] consubstanciado e o sentido admitido e o consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado”<sup>87</sup>. Assim sendo, tem-se

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 112-122

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 98

<sup>87</sup> Ibid., p. 86



como legítimo todo aquele ato cujo comando está em consonância com os anseios populares, sendo, portanto, aceito pela sociedade.

Tal legitimidade, em virtude do princípio da soberania popular, só poderá advir da vontade popular, não podendo ser considerada legítima determinada atuação fundamentada através de outro artifício que não os desejos de determinada sociedade.

Neste sentido faz-se mister trazer à colação lição de CANOTILHO:

O princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas: (1) o *domínio político* – o domínio de homens sobre homens não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à origem, isto é, precisa de *legitimação* [legitimidade]; (2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância «fora» do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) o *povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio «não populares» (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva* a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa legitimação – ela vem da vontade do povo e a este deve reconduzir; (4) a *soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio”.<sup>88</sup>

Seguindo a abordagem do tema, cumpre trazer alguma distinção entre legitimidade e legalidade. Isto porque, juntamente com a idéia de legitimidade, geralmente encontra-se atrelada a noção de legalidade, chegando a ponto de muitos autores afirmarem que a primeira está subsumida à segunda, idéia que não parece ser a mais acertada, conforme bem adverte GRAU<sup>89</sup>. Para este autor, quando alguém se refere à legalidade está, em verdade, “indagando se determinado comportamento verificado no mundo do ser é legal, ou seja, conforme ou não contrário à lei”<sup>90</sup>; diferentemente, quando se visualiza a legitimidade, indaga-se a respeito se determinada lei está em acordo com a vontade popular.

Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, não basta legalidade, ou seja, obediência a um dado ordenamento jurídico, para que haja legitimidade, já que,

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.292

<sup>89</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. P.84.

<sup>90</sup> Id.

como acima afirmado, a legitimidade não se encontra subsumida à legalidade<sup>91</sup>. Nesta esteira, utilizando-se dos ensinamentos de Norberto BOBBIO apud José Afonso da SILVA, vê-se que “quando se exige que um poder seja legítimo [legitimidade], pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é justamente exercido, isto é, segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo”<sup>92</sup>

Dessa maneira, tem-se que a construção do direito, ou mesmo o exercício de autoridade, não está apenas adstrito à adequação com o ordenamento jurídico. Há necessidade dessa atuação surgir revestida de sua legitimidade, sob pena de estar-se negando o Estado Democrático de Direito, como bem adverte SILVA.<sup>93</sup>

Mas qual a forma de conferir legitimidade a uma determinada atuação normativa?

O Brasil, como se pode constatar pelo exposto, é um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder é emanado do povo, “que o exerce por meio de representante eleitos ou diretamente”<sup>94</sup>. Diante disso, permite-se concluir que foi adotado em terreno nacional um sistema misto de exercício do poder, englobando a idéia de representatividade e de participação direta do povo.

Visto isto, verificam-se duas maneiras de conferir legitimidade a um ato normativo, quais sejam, através da representatividade ou através da participação direta do povo, formas essas acolhidas pelo princípio democrático, conforme bem destaca CANOTILHO:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.

---

Ibid., p. 84

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. “Sur le principe de legitimité”, in P. Bastid et al, *Lidée de legitimité*. PUF: Paris, 1967. p 49.

<sup>92</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit, p. 423

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

Trazendo tais considerações teóricas para o plano prático da atuação normativa estatal, pode-se constatar, com certa facilidade, donde provém a legitimidade conferida à norma. No caso da atividade normativa desempenhada pelos integrantes do Poder Legislativo, por exemplo, a legitimidade decorre do fato de que esses foram eleitos pelo povo, através de um devido processo eleitoral, o que os transforma em legítimos representantes do povo, ou seja, legítimos “portadores” do poder popular. Da mesma forma se constata a legitimidade dos atos normativos praticados pelo Chefe do Executivo, pois, tal qual acontece com os membros do Legislativo, a “legitimidade dos regulamentos se presume pela investidura política”.<sup>95</sup>

Entretanto, visualizando a atividade normativa das agências reguladoras brasileiras, não se constata, com a mesma facilidade dos casos acima citados, a legitimidade conferida às normas por esses entes produzidas. Isto porque os membros dos órgãos diretivos desses entes não são escolhidos pelo povo, mas sim pelo Chefe do Executivo, sem qualquer participação popular.

Surge então o chamado *Déficit* democrático nas agências reguladoras, ocasionado pela quebra no circuito democrático na elaboração de normas, ou seja, pela ausência, *a priori*, de legitimidade nas normas editadas nos entes regulatórios.

Neste sentido faz-se necessário trazer à colação ensinamento de MOREIRA:

Não parece haver dúvidas de que tal deficiência existe: quer frente a um conceito ortodoxo/clássico, quer diante de um conceito flexível/contemporâneo de democracia, a realidade das agências independentes não atende à plenitude da demanda por um Estado de Direito Democrático<sup>96</sup>.

Da mesma forma entende ARAGÃO:

Podemos inferir do fato de as leis das agências reguladoras imporem a adoção de modernos mecanismos de participação procedimental, a necessidade de que fosse suprido o déficit democrático co-natural a todas as agências reguladoras que, além de amplos poderes

<sup>95</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 180.

<sup>96</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, *déficit* democrático e a “elaboração processual de normas”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, abr./ mai./ jun. 2003. p.222-223.

normativos, têm os seus dirigentes resguardados da livre exoneração pelos titulares de poder político democraticamente eleitos.<sup>97</sup>

Constatada a existência deste *Déficit Democrático* surge, então, novo questionamento: Qual a forma de legitimação dos atos normativos das agências reguladoras?

Antes de responder tal questionamento, faz-se mister distinguir a atividade normativa das agências reguladoras, daquela realizada pelo Poder Legislativo. MOREIRA NETO ensina que as agências reguladoras “são entes dotados de *funções administrativas* e não de *funções políticas*”. Assim o são porque, embora possuam certa atribuição normativa, desempenham função distinta da legislativa, a qual se caracteriza como uma função política. Ao revés, a função reguladora não produz normas legais, mas sim normas reguladoras, vinculadas de alguma maneira a uma lei formal.

A importância desta distinção se constitui no fato de que a atividade política requer uma legitimação diferenciada da que se exige quando se está diante de uma atividade meramente administrativa, havendo uma diferença substancial na maneira em que são atingidas. Neste ponto, faz-se necessário trazer a colação lição de MOREIRA NETO, na qual traça a distinção deste dois planos de legitimação:

- a) o plano da *legitimação política*, (...) se atinge pela *representação democrática* e pela *eficiência política*, o que é corrente no equacionamento legislativo e na aplicação de soluções normativas gerais.
- b) o plano da *legitimação administrativa*, (...) se atinge pela participação democrática e pela eficiência técnica no equacionamento administrativo e na aplicação da solução reguladora específica do setor.

Detecta-se, portanto, que a legitimidade das normas produzidas pelas agências reguladoras deverá ser decorrente de uma legitimação administrativa, a qual, como acima citado, se dá “pela participação democrática e pela eficiência técnica”.

Neste sentido, assevera CUÉLLAR:

Embora a legitimação da atividade normativa das agências reguladoras não decorra da investidura popular, já que não são órgãos democraticamente formados, ela pode ser justificada não somente em razão da importância das atribuições exercidas pelas agências, mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica,

<sup>97</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit. p.437-438.

especializada e imparcial), permitindo-se, inclusive, que os particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos.<sup>98</sup>

Entendimento similar é também apresentado por MOREIRA NETO:

...é através da participação, *como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz a condição de legitimidade* indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que, ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.<sup>99</sup>

Abstraindo-se a questão da eficiência técnica, verifica-se que a legitimidade decorre da segunda parte do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que se traduz na participação direta do povo na tarefa de revestir de legitimidade determinada norma. Está é chamada democracia participativa, que se apresenta como uma alternativa à democracia representativa.

Tal opção, qual seja, a da participação direta do povo, apresenta diversas vantagens frente ao modelo representativo, quando considerado o aspecto da legitimidade, conforme bem destaca Paulo BONAVIDES, ao tecer críticas ao modelo adotado para a outorga de poderes ao Legislativo e ao Executivo, a seguir:

A queda de legitimidade dos órgãos legislativos e executivos se faz patente, profunda, irreparável nos moldes vigentes. Urge introduzir pois o mais cedo possível a nova legitimidade, cuja base recomposta é, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana, sem a perversão representativa, sem o falseamento da vontade, sem as imperfeições conducentes às infidelidades do mandato e aos abusos da representação.

Legitimidade que mana, enfim, do cidadão erguido faticamente às últimas instâncias do poder, tendo de sua mão, por expressão de soberania, os freios à conduta e à política dos governos, que ele, o cidadão mesmo, como povo, há de traçar, sancionar e executar.<sup>100</sup>

Assim sendo, pode-se afirmar que a legitimidade, no caso das agências reguladoras, dar-se-á através da participação direta da população na formulação das normas. Tal assertiva, entretanto, leva a um novo questionamento acerca da forma de implementação de tal modelo.

No caso das agências reguladoras brasileiras, a participação popular se “instrumentaliza pela *processualidade administrativa*, na linha clássica do *due process* anglo-saxônico, ao garantir a *participação* de todos os interessados através da

<sup>98</sup> CUÉLLAR, Leila. op. cit., p. 135-136.

<sup>99</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158.

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18-19.

publicidade, pela intervenção, pelo contraditório e pela ampla defesa”, ou seja, a participação popular se dará no curso de devido processo legal, do qual, ao final, será emanada a norma.<sup>101</sup>

Nesse passo, confere-se ao processo administrativo função importantíssima dentro do Estado Democrático de Direito. Diferentemente do passado, essa figura deixou de ser “uma singela forma de a pessoa privada defender-se ante os atos do Estado (solucionando as questões concretas), mas igualmente se transformou num instrumento de criação de normas administrativas genéricas e abstratas, destinadas não só aos envolvidos na relação processual (interessados e partes).”<sup>102</sup>

O processo administrativo, dentro da realidade do Estado Democrático de Direito torna-se instrumento que, além de servir como um importante instrumento de controle da atuação estatal, tem a finalidade de possibilitar a participação popular na edição de determinado ato.<sup>103</sup>

A evolução pela qual vem passando o processo administrativo se deu em grande parte pela edição, ainda que tardia, da Lei 9.784, editada em 20/01/1999, suprimindo, assim, a ausência de lei específica, na esfera federal, sobre o tema. Uma das novidades que caracterizam esta evolução foi justamente a institucionalização da previsão de participação popular direta na formação dos atos administrativos de grande relevância, como nos casos de atuação normativa das agências reguladoras.

Os instrumentos de participação popular também foram fixados nas leis instituidoras das agências reguladoras, bem como em seus regimentos e resoluções, colocando-os como fases, muitas vezes, obrigatórias dentro do processo para a formulação de normas, o que contribuiu, em grande monta, para a “evolução” sofrida pela figura do processo administrativo.

A partir desta institucionalização da participação popular no curso do processo administrativo, o devido processo legal torna-se mecanismo de legitimação material da função normativa das agências.

---

<sup>101</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório...* p. 156.

<sup>102</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras...* p.237-238.

<sup>103</sup> SOARES, Evanna, A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jul/set 2002, p.260

Visto isto, ou seja, constatado que o devido processo legal é instrumento legitimador da competência normativa dos entes regulatórios, tem-se que sua realização deve ser compulsória, sendo constitucionalmente questionável qualquer tentativa de retirada do caráter aberto e participativo desse processo, que terá por objeto a formulação de normas que venham atingir o *status libertatis* ou os bens do administrado, conforme bem destaca MOREIRA NETO:

é constitucionalmente inafastável a observância de um *processo aberto e participativo* para a tomada de *decisão administrativa*, sempre que, em razão dela, o administrado possa sofrer uma redução em seu *status libertatis* e em seus *bens*, dando-se dele prévio conhecimento e garantia de livre acesso a todos os interessados, de modo a que ele se desenvolva com *plena participação*, até mesmo, se necessário, com a abertura de contraditório e da ampla defesa.<sup>104</sup>

Diante de todo exposto, tem-se que o devido processo legal no poder normativo das agências reguladoras tem importância substancial, dentre outros fatores, pelo fato de conferir ao regulamento produzido pelo ente regulatório a legitimidade exigida dentro de um Estado Democrático de Direito. Por fim, vale destacar que, para que tal processo atinja a finalidade legitimadora da norma, deverá propiciar a efetiva participação dos interessados, que, no caso das agências, de acordo com suas legislações, dar-se-á através das audiências e consultas públicas, a seguir abordadas.

---

<sup>104</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório...*, p. 182.

## 5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORA – UMA VISÃO TEÓRICA

Como visto, a processualização da atividade normativa como busca de legitimidade é uma realidade no dia-a-dia das agências reguladoras. Uma das fases mais importante neste processo é a em que são realizadas as audiências e consultas públicas, já que através delas há efetiva participação dos detentores do poder, segundo um conceito de Estado Democrático de Direito, ou seja, do povo.

Destaca ARAGÃO que “um dos mecanismos de legitimação da Administração pública que mais vem sendo institucionalizado em nosso direito positivo é o da participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos no processo de tomada de decisões que lhes afetarão.”<sup>105</sup>

Aproximando o tema da participação popular das agências reguladoras MOREIRA NETO, apud ARAGÃO, aborda a abertura que tais entes regulatórios vêm dando à sociedade, propiciando a parceria nos diversos campos de atuação da regulação:

...além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, **pela proximidade e abertura social de sua ação** em relação aos administrados interessados, e a **possibilidade de promover negociações em procedimento participativos** e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes ‘para-jurisdicionais’ para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o **princípio da participação** tem **plena aplicação** em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma **conexão administrativa imediata** e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a **agência** e o **administrado interessado**<sup>106</sup>

Nas agências reguladoras pátrias, percebe-se que a legislação que as instituiu cuidou de estabelecer dispositivos que as obrigam a realizar audiências e consultas públicas. Como bem destaca ARAGÃO:

...há uma série de outros dispositivos (mormente regimentais), e aí sim em todas as agências sem exceção, que fixam detalhadas normas da realização facultativa de audiências públicas.

<sup>105</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. op. cit., p.437

<sup>106</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la participación em el derecho comparado Brasil-España. *Revista da Administración Pública – RAP*, vol. 152, maio-agosto 2000, p. 79.



Note-se, inclusive, que a Lei do Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/99, aplicável, naturalmente, às agências reguladoras federais (*ex vi* art, 1º, Lei nº 9.784/99), previu genericamente a possibilidade de convocação de consulta pública nos processo que, ainda que individuais, envolvam “assunto de interesse geral”.

Desta forma, dada a importância das audiências e consultas públicas dentro da processualização da atividade normativa das agências reguladoras, procurar-se-á, no presente capítulo, traçar algumas linhas acerca desses institutos, primeiramente diferenciando-os e, posteriormente, mostrando, em abstrato, as hipóteses em que deverão ser postos em prática tais instrumentos de participação popular, que, na realidade das agências reguladoras, exercem importante função legitimadora.

## 5.1 DISTINÇÃO ENTRE AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS

Neste passo, faz-se importante traçar a diferença entre essas duas formas de participação popular, inclusive, para uma melhor compreensão do presente trabalho.

Para elucidar a questão, trar-se-á a lição de José Santos CARVALHO FILHO, retirada da obra de ARAGÃO.

na consulta pública a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de **peças formais**, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade fundamentalmente através de **debates orais** em sessão previamente designada para tal fim.”<sup>107</sup>

Conclui-se, de forma sintética, que na consulta pública as opiniões são dadas através de documentos escritos, enquanto que nas audiências os elementos são trazidos pela sociedade em debates orais.

---

<sup>107</sup> CARVALHO FILHO, José Santos. *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 186.

## 5.2 FASES DA PARTICIPAÇÃO – PLANO GERAL

### 5.2.1 Atuação Extraprocessual Prévia

Ressalta JUSTEN FILHO que “antes de desencadear qualquer procedimento formal destinado a produzir normas gerais, a agência deverá adotar providências preliminares, que se poderia dizer *extraprocessuais*, tendo em vista sua informalidade e ausência de vínculo direto e imediato com a produção normativa.”<sup>108</sup>

Uma das providências que poderá<sup>109</sup> ser adotada é a oitiva de “lideranças comunitárias, sindicais e empresariais.”<sup>110</sup>

Esta é, portanto, a primeira oportunidade para que a população, ou ao menos uma parcela representativa desta, participe da formulação de normas abstratas pelas agências reguladoras. Embora, como acima destacado pelo autor, se trate de uma fase extraprocessual prévia, diminuta não é a sua importância. Ao revés, esta é a oportunidade para a colheita de informações prévias, como sugestões, alternativas e opiniões que poderão servir como balizamento do processo normativo.

Tal participação prévia ao procedimento formal gera, em verdade, conforme destaca JUSTEN FILHO, dois relevantes efeitos, de grande valia para a elaboração e desenvolvimento do devido processo legal que culminará na formulação da norma:

Em primeiro lugar, permite à agência identificar as valorações sociais e políticas vigorantes nas comunidades. Daí derivará a percepção acerca dos problemas mais agudos a enfrentar, inclusive no tocante a interesses conflitantes. A esquematização das atividades posteriores da agência será norteadas pelos resultados dessa avaliação prévia.

Por outro lado, a agência poderá invocar o resultado dessas indagações e avaliações como fundamento para evidenciar a ausência de interesse próprio dos sujeitos que manifestaram sua concordância quanto a determinadas orientações ou soluções.<sup>111</sup>

Como se pode facilmente constatar, ambas as implicações desta participação, como já acima frisado, são de importantíssimas, contribuindo para a formulação de

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.566

<sup>109</sup> Deve restar claro que a realização de tal oitiva não é obrigatória. O que se traduz em dever das agências reguladoras é a adoção de “providências preliminares”

<sup>110</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.566

<sup>111</sup> Ibid., p. 566/567

uma norma mais adequada com a realidade da população, norteadas pelos anseios da comunidade que sofrerá os efeitos de tal importante atividade destes entes regulatórios.

Além disto, não se pode olvidar que a obtenção de um consenso prévio na elaboração da norma terá o condão de afastar “delongas e desgastes no decurso do processo administrativo propriamente dito.”<sup>112</sup>

### 5.2.2 Etapa Interna de Colheita de Informações e Esboço de Soluções

Passada a referida fase pré-processual, a primeira etapa a ser cumprida deve ser um estudo a ser desenvolvido no âmbito interno das agências, na qual serão compilados os elementos fáticos e jurídicos concernentes à formulação da norma. Nesta oportunidade será fixado “o âmbito de abrangência das normas que serão editadas, os problemas a enfrentar, as dificuldades técnico-científicas, as exigências sociais, os recursos econômicos necessários à implementação da solução, os reflexos da regulação (custo regulatório)”<sup>113</sup>

JUSTEN FILHO destaca que “os principais eventos relacionados a essa etapa inicial deverão ser documentados em autos de processo administrativo. Será extremamente recomendável que a conclusão dessa etapa de levantamento de dados e informações se traduza na produção de documentos de discussão, do qual conste uma síntese das atividades desenvolvidas e das conclusões atingidas.”<sup>114</sup>

Esta compilação de informações constitui-se em elemento essencial para a continuidade dos trabalhos de discussão, posto que é a partir de tal documento que se darão os futuros debates, nos quais será oportunizada a participação popular.

### 5.2.3 Etapa Externa de Consulta ao Público

Passada a fase de colheita de informações e esboço de soluções, dá-se a primeira oportunidade de participação popular dentro do processo normativo

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 567

<sup>113</sup> Id

<sup>114</sup> Id

propriamente dito. Ao contrário da etapa extraprocessual, tratada acima, esta é uma fase obrigatória, sem a qual se torna viciada a elaboração da norma.

Nesta fase deverá haver uma consulta ampla ao público. “Deverá levar-se em consideração não apenas o público em geral mas também as organizações específicas da sociedade civil que possam apresentar interesse acerca do tema”.<sup>115</sup>

Para que possa ser dada esta abrangência é que se faz necessária a mais ampla publicidade possível, devendo, se for o caso, haver convites pontualmente direcionados a determinados setores da sociedade. Nesta divulgação deverá ser dada a notícia da “instauração de processo administrativo destinado a editar normas regulamentares atinentes a temas determinados.”<sup>116</sup>

Ao arbítrio das agências “poderá fixar-se prazo para manifestação dos interessados”<sup>117</sup>. Vale, entretanto, ressaltar, que este prazo deve ser razoável, não podendo, de maneira alguma, contribuir para a inviabilização da devida participação popular.

#### 5.2.4 Segunda Etapa Externa de Consulta ao Público

Após a redação de um projeto básico, que será concedido a partir da compilação das informações obtidas na *etapa interna de colheita de informações e esboço de soluções* somadas às da *primeira etapa externa de consulta ao público*, dar-se-á nova oportunidade para a participação popular.

Nesta ocasião, o que se busca é dar publicidade do *esboço de projeto regulamentar*. Para que seja atingido este fim, faz-se necessária a mais ampla divulgação possível desta etapa, sendo “fundamental que a agência convoque as principais lideranças da sociedade civil potencialmente interessadas no tema, tal como entidades empresariais e sindicais que possam ter seus interesses afetados pela regulação.”<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Ibid., p.567/568

<sup>116</sup> Ibid., p. 568

<sup>117</sup> Ibid., p.568

<sup>118</sup> Id.

Esta fase poderá se dar através de consulta pública, hipótese em que o texto ficará disponível aos interessados para que esses teçam, de maneira escrita, as considerações que entenderem necessárias. Há, ainda, a possibilidade da “realização de audiência pública, em que as autoridades integrantes da administração da agência comparecerão para prestar informações de viva voz e ouvir pessoalmente a manifestação dos interessados.”<sup>119</sup>

Ato contíguo, a agência irá produzir o texto final da norma. Merece destaque o fato de que as agências não necessitam submeter o texto à ratificação do público, nem tampouco estarão atreladas, para a formulação da norma, à opinião da maioria. Neste sentido discorre JUSTEN FILHO:

A competência para editar essas normas é privativa da agência, o que significa que sua aprovação não depende da ratificação popular. Nem é necessário que as soluções consagradas no texto reflitam a opinião unânime do público. Sequer se impõe que haja adoção do entendimento da maioria. Mais isso significa que a consulta ao público em geral seja algo inútil ou irrelevante. A agência tem o dever de tomar em vista todas as manifestações do público e manifestar-se, motivadamente, acerca das escolhas que realizar.

A rejeição de proposta apresentada à agência deverá ser fundamentada. Se for reputado que determinada proposta é inadequada ou ilegal, deverão fornecer-se os motivos para esse entendimento. Aliás, a mesma solução se aplicará quando propostas da comunidade forem acolhidas: a agência é titular da competência para editar as normas regulamentares e não poderá invocar a opinião pública como critério para validar decisões despropositadas ou ilegais.<sup>120</sup>

Por fim, vale ressaltar que, conforme se pode deduzir do entendimento de JUSTEN FILHO, a participação popular não perde sua importância, já que todas as propostas formuladas, se rejeitadas, deverão sê-las de maneira fundamentada, restando demonstrados o porquê da não adoção da medida, bem como o porquê do acolhimento de outra opção.

#### 5.2.5 Pedido de Reconsideração

Embora não se possa considerar esta fase como sendo propriamente dedicada à colheita de informações junto à população, não pode ser desconsiderada a ocorrência

---

<sup>119</sup> Id.

<sup>120</sup> Id.

de participação popular, já que é uma faculdade conferida a todo interessado, que consiste na possibilidade de formulação de “pleito perante a agência, apontando defeitos ou invalidades no tocante à regulação adotada.”<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 569

## **6 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E AS CONSULTAS PÚBLICAS NOS ENTES REGULATÓRIOS – A REALIDADE NA ANEEL E NA ANATEL**

### **6.1 OBJETO DE EXAME: PREMISSAS**

O presente estudo não pretende analisar a disciplina das audiências públicas e das consultas públicas em todas agências reguladoras nacionais, uma vez que tal análise, além de materialmente difícil de ser realizada, senão impossível, tornar-se-ia, de certa forma, até redundante. Desta maneira, elegeu-se a ANEEL e a ANATEL, devido, principalmente, à importância da matéria que lhes é atinente e ao volume de normas que produzem.

### **6.2 A PREVISÃO LEGAL E A EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS NA ANEEL E NA ANATEL.**

As audiências públicas na ANEEL estão basicamente distribuídas e reguladas em quatro diplomas legislativos distintos, a saber: a Lei nº 9.427/96 (lei que criou esta agência), o Decreto presidencial nº 2.335/97 (que regulamenta a ANEEL), a Portaria do Ministério de Minas e Energia nº 349/97 (regimento interno da ANEEL) e, por fim, a Resolução 233/98 (Norma de Organização ANEEL – 01).

O primeiro texto normativo supra mencionado, ou seja, a Lei nº 9.427/96, logo em seu início prevê a realização de audiência pública sempre que o processo decisório afetar os agentes econômicos que atuam no ramo da eletricidade ou os consumidores, conforme dispõe o § 3º do art. 4º:

Art. 4º (...)

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei, ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> BRASIL. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/blei19969427.pdf>>

No mesmo sentido dispõe o art. 21 do Decreto presidencial nº 2.335/97, acrescentando, entretanto, os objetivos almejados com a participação popular, *in verbis*:

Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

- I – recolher subsídio e informações para o processo decisório da ANEEL;
- II – propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;
- III – identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;
- IV – dar publicidade à ação reguladora da ANEEL.

Parágrafo Único – No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorre após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.<sup>123</sup>

O art. 28 da Portaria nº 349/97, de certa forma repetitivo, determina a realização de audiência pública nos seguintes termos:

Art. 28 O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei imposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública, observados os objetivos e disposições estabelecidos no art. 21 do Decreto nº 2.335, de 1997, que será realizada pela Diretoria, segundo o disposto neste artigo.<sup>124</sup>

Da análise de tais previsões legais, MOREIRA conclui, com acerto, que “ao mesmo tempo em que torna cogente a realização das consultas ou audiências (a carga verbal impositiva é clara: os processos de elaboração normativa serão precedidos), vale-se de termos imprecisos e fluidos para a instalação do dever (efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores)”.<sup>125</sup>

Deste ponto de vista, deduz-se que, embora seja cogente a instalação das audiências públicas no caso de afetação dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, há uma grande possibilidade de manipulação em relação a

<sup>123</sup> BRASIL. Decreto nº 2.335, de 06.10.1997 – DOU 07.10.1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bdec19972335.pdf>>

<sup>124</sup> BRASIL. Portaria do Ministério de Minas e Energia nº 349, de 28 de novembro de 1997. Aprova o regimento interno da Agência Nacional de Energia Elétrica. <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>>

<sup>125</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Agências Reguladoras...*, p.244



instauração ou não dessa etapa de participação popular por parte dos dirigentes. Isto se dá por força da discricionariedade que acaba sendo conferida à direção da ANEEL, graças à adoção de critérios abertos dependentes de valoração (efetiva afetação de direito). Desta maneira, a realização das audiências públicas, de certa forma, fica vinculada ao entendimento da direção das agências reguladoras.

Passando a analisar a situação da ANATEL, verifica-se que a previsão das audiências e as consultas públicas nessa agência está positivada na Lei nº 9.472/97, na Resolução 270/2001 e no Decreto nº 2.338/97.

A lei que instituiu a ANATEL, ao tratar das hipóteses de abertura à participação popular, determina que as minutas dos atos normativos emitidos por essa agência sejam submetidas à consulta pública, conforme reza o art. 42, *in verbis*:

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca<sup>126</sup>

No mesmo sentido dispõe o Decreto nº 2.338/97:

Art. 67. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca, nos termos do Regimento Interno.<sup>127</sup>

Como se pode constatar, não há referências às audiências públicas na lei que instituiu a ANATEL. Tal incumbência restou à Resolução nº 270/2001, cujo teor ocupa-se da disciplina tanto desta forma de participação onde se preza pela oralidade, quanto das consultas públicas. A previsão de realização de audiências públicas na ANATEL encontra-se expressa no art. 42 dessa Resolução, *in verbis*:

Art. 42. A Audiência Pública destina-se a debater ou apresentar, oralmente, matéria de interesse geral, sendo seu objeto e seus procedimentos definidos no instrumento convocatório.

Avaliando o disposto na legislação do ente regulatório do setor de telefonia, constata-se que, ao contrário da legislação da ANEEL, a redação adotada não deixa

<sup>126</sup> BRASIL. Lei 9.472, de 16 de Julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm)>

<sup>127</sup> BRASIL. Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2238.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2238.htm)>

margem discricionária quanto à promoção das audiências e consultas públicas, conforme destaca MOREIRA.

A ANATEL é regida por deveres mais precisos: *todas* as minutas de atos normativos deverão ser submetidas à consulta pública. Não há exceção, nem tampouco requisitos discricionários. Basta que o provimento a ser expedido tenha caráter normativo para deflagrar o dever de instalação do ato vinculado de consulta pública. Além disso, a legislação prevê a possibilidade de instalação do processo mediante iniciativa popular (este sim, submetido previamente a juízo discricionário da Diretoria).

Assim, e à exceção da ANATEL, as demais agências reguladoras ora analisadas estabelecem unilateralmente quais os temas normativos que serão discutidos com o público. As consultas e audiências são instaladas a depender do critério discricionário da autoridade competente, a quem cabe definir a “efetiva afetação” dos interesses dos consumidores e/ou empresas do setor e a oportunidade e conveniência de ser produzido o processo de participação.<sup>128</sup>

Significa dizer, portanto, que, ao contrário do que ocorreu, por exemplo, com a ANEEL, a legislação concernente a ANATEL não se valeu de termos imprecisos, carecedores de interpretação, que certamente geram uma discricionariedade quanto à efetivação das etapas de participação popular, tais como as audiências e consultas públicas. Desta forma, todas as minutas de atos normativos deverão estar sujeitas à apreciação popular.

A forma que deverá ser adotada na realização das audiências e as consultas públicas na ANEEL está disciplinada na Resolução 233/98 (Norma de Organização da ANEEL). Esta, por sua vez, aborda diversos aspectos sobre as audiências, estabelecendo formas de condução, objetivos, formas de publicidade, etc.

No caso da ANATEL, as regras dos procedimentos a serem adotados tanto nas audiências quanto nas consultas públicas se encontram positivadas na Resolução nº270/2001, tratando, em suma, dos mesmos pontos referidos na legislação da ANEEL.

Dentre esses vários aspectos gerais sobre a disciplina das audiências e consultas públicas nos dois entes regulatórios em exame, dois aspectos merecem destaque: a forma de condução das audiências públicas e a questão da publicidade.

---

<sup>128</sup>MOREIRA, Egon Bockmann, *Agências Reguladoras...*, p.244

### 6.2.1 Formas de Condução das Audiências Públicas

A necessidade de especial enfoque em relação ao primeiro dos aspectos suscitados se deve ao fato de que, na ANEEL, as audiências públicas poderão ser conduzidas de duas formas distintas, através de sessões “ao vivo”, com entrada livre de todos os interessados, ou mediante processos de intercâmbio documental, conforme dispõe o § 1º do art. 13 da Resolução 233/98, *in verbis*:

Art. 13. As audiências públicas, realizadas para os processos decisórios que impliquem efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico e dos consumidores, decorrente de ato administrativo ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, terão seu processo instaurado pelo Diretor-Geral e destinam-se a recolher subsídios e informações diretamente junto aos interessados.

§ 1º As audiências públicas poderão ser conduzidas em sessões ao vivo, com a entrada aberta aos interessados, ou em processos de intercâmbio documental, de forma a melhor satisfazer os objetivos...<sup>129</sup>

O desenvolvimento das audiências através de sessões “ao vivo” é o meio mais comum na realidade das agências públicas, e, diga-se de passagem, aparentemente o único que se enquadra ao conceito de audiências públicas. O modelo de condução através de intercâmbio de documentos aparenta ser uma anomalia frente à teoria do que sejam as audiências e consultas públicas<sup>130</sup>, isto porque as audiências têm como característica primordial a realização de debates orais, os quais, neste caso, são substituídos pelo intercâmbio documental, modalidade que aproxima, ou mesmo se confunde, com a consulta pública.

As audiências públicas promovidas por intercâmbio de documentos, como se pode constatar da própria nomenclatura, consistem no envio das contribuições, expressas através de meio escrito, de maneira fundamentada.

As contribuições deverão ser enviadas, dentro de prazo estabelecido, para a agência através de correspondência postal, fax ou por meio eletrônico.

---

<sup>129</sup> BRASIL. Resolução 233, de 14 de julho de 1998. Aprova a norma de organização ANEEL – 001, que dispõe sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em:

<<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bRES1998233.PDF> >

<sup>130</sup> Para maiores esclarecimentos verificar item 6.1

Não há previsão legal determinando quando será utilizado um ou outro procedimento, cabendo à diretoria da ANEEL escolher qual deles atingirá de melhor forma os objetivos de tal participação, quais sejam aqueles anteriormente enumerados no art. 21 do Decreto presidencial 2.335/97.

Já na ANATEL não há possibilidade de escolha, posto que as audiências deverão ser sempre ao vivo, primando pela oralidade na discussão das matérias a serem abordadas. Assim é determinado pela Resolução nº 270/2001:

Art. 42. A Audiência Pública destina-se a debater ou apresentar, oralmente, matéria de interesse geral, sendo seu objeto e seus procedimentos definidos no instrumento convocatório.<sup>131</sup>

Pode-se considerar que a audiência ao vivo é o meio próprio deste tipo de participação, já que é caracterizada pela existência de debates orais, sendo de suma importância a sua realização, já que propicia um contato direto entre os participantes e os membros da agência, o que não acontece nos casos de intercâmbio documental.

Diante de todo exposto, pode-se aquilatar de que, dos dois meios adotadas para a realização de audiências públicas, o único que se enquadra nos moldes de tal participação é aquele realizado através de sessões “ao vivo”. Já o procedimento adotado na ANEEL, qual seja, o intercâmbio documental, parece enquadrar-se melhor no conceito de consultas públicas. Desta forma, só haverá audiência pública propriamente dita quando essa for conduzida através de sessões “ao vivo”, onde é oportunizado o contato físico entre a população e os membros da direção das agências, o que se faz importante, principalmente, em questões de grande repercussão.

---

<sup>131</sup> BRASIL. Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, na forma do Anexo a esta Resolução, ficando revogada a Resolução no 197, de 16 de dezembro de 1999. Disponível em:  
<[http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/resolucao/2001/anexo\\_res\\_270\\_2001.pdf](http://www.anatel.gov.br/Tools/frame.asp?link=/biblioteca/resolucao/2001/anexo_res_270_2001.pdf)>

### 6.2.2 A Divulgação das Audiências Públicas e das Consultas Públicas – A Questão da Publicidade e da Exclusão Digital

A legislação da ANEEL enumera apenas dois modos de divulgação das audiências e das consultas públicas, quais sejam: através do Diário Oficial e em jornal de grande circulação no Estado em que se desenvolverão os trabalhos. Assim determina o §2º do art. 13 da Resolução 233/98:

Art. 13...

§ 2º A data, local, horário e a pauta da audiência pública com sessão ao vivo, ou com processo de intercâmbio documental, com suas respectivas normas e prazos, deverão ser publicados no Diário Oficial da União, e em jornal de grande circulação no Estado onde será realizada, com antecedência mínima de oito dias para a sessão ao vivo, podendo indicar-se na publicação outras informações julgadas relevantes.

Art. 20...

§ 1º A consulta pública, incluindo data e horário do início e término do recebimento das contribuições, deverá ser publicada no Diário Oficial da União, e em jornal de grande circulação, podendo indicar-se na publicação outras informações julgadas relevantes.

A norma que trata da questão na ANATEL, Resolução 270/2001, é ainda mais restritiva na forma de divulgação das audiências e das consultas públicas realizadas por este ente regulatório, limitando a propagação da informação apenas pelo Diário Oficial e pela Biblioteca da Agência, como pode ser observado:

Art. 43. A data, a hora, o local e o objeto da Audiência serão divulgados, com pelo menos cinco dias de antecedência, pelo Diário Oficial da União e pela Biblioteca da Agência.

Art. 45...

§ 1º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a dez dias, devendo as contribuições ser apresentadas conforme dispuser o respectivo ato.

Como se pode facilmente constatar, os instrumentos utilizados para a divulgação das audiências e consultas públicas, tanto na ANEEL como na ANATEL, em muito limitam a publicidade da realização de tais procedimentos, reduzindo, assim, a participação popular.

Quanto ao *Diário Oficial*, talvez este “seja o que gera menor repercussão popular. Apesar de ser o meio oficial de tornar públicas as decisões estatais, tem

escassa repercussão junto à população. Ninguém, a não ser as autoridades constituídas e as empresas do setor, lê o *Diário Oficial*. ”<sup>132</sup>

Os jornais de grande circulação proporcionam, talvez, um número maior de potenciais receptores da informação. Contudo, dado o modo em que é colocada a notícia (geralmente em um pequeno edital), reduz-se de igual maneira o número de pessoas que efetivamente recebem a informação.<sup>133</sup>

Além destes instrumentos previstos na legislação, a divulgação destas audiências e das consultas públicas também se dá através da “Internet”, o que seja, talvez, o meio mais efetivo dentre citados, mas que, com certeza, leva a uma elitização da informação, já que vincula o conhecimento do instrumento participativo ao acesso a computadores, o que exclui boa parte da população brasileira.

Neste sentido, de modo crítico e ponderado, posiciona-se MOREIRA:

O meio com maior repercussão prática é a Internet. Os *sites* das agências cadastram os interessados e enviam *e-mails* com notícias e a pauta de consultas. As páginas das agências contêm todos os dados acerca das consultas. Normalmente, as colaborações e contribuições são recebidas através do correio eletrônico, fazendo com que a participação nos processos de elaboração de normas dependa basicamente do acesso às TDICs (Tecnologias Digitais de Comunicação e Informação).

Constatação que alberga um paradoxo, pois apenas aqueles que possuem acesso imediato ou mediato a computadores, capacitação técnica, uma linha telefônica e dinheiro para pagar o acesso à Internet podem participar ativamente. A legitimação democrática da produção normativa das agências reguladoras brasileiras depende, em grande partem da possibilidade de acesso à Internet. O que faz surgir o problema da “exclusão digital”.<sup>134</sup>

Sobre a “exclusão digital”, cabem breves considerações, pois se constitui pressuposto para a seqüência deste trabalho.

Pode-se entender por “exclusão digital” a falta de acesso aos meios digitais, como computador, Internet, etc. No Brasil boa parte da população encontra-se na faixa de exclusão.

Segundo o Comitê pela Democratização da Informática – CDI vivia-se em 2003 uma realidade em que aproximadamente 26 milhões de brasileiros tinham acesso a

<sup>132</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Agências Reguladoras...*, p. 246

<sup>133</sup> Id.

<sup>134</sup> Id.

computadores em seus domicílios, enquanto mais de 149 milhões não possuíam tal condição, ou seja, 85,14% da população não possuíam acesso à tais meios digitais.<sup>135</sup>

Analisando dados mais recentes, detecta-se que em 2004, segundo os índices fornecidos pelo relógio da inclusão digital, o número de incluídos é de 31.371.305, brasileiros, enquanto o número de excluídos é de 147.134.436.<sup>136</sup> Deste modo, neste ano, embora os números apresentem uma pequena melhora, o percentual de excluídos é de alarmantes 82,42%.

Pesquisa no mesmo sentido, realizada pela FGV/RJ, baseada no censo de 2000 e na pesquisa por amostra de domicílio 2001, demonstra que apenas 12,4% dos brasileiros têm acesso a computadores, sendo a realidade quanto à “Internet” ainda mais desoladora, onde apenas 8,31% desses tem acesso à rede mundial de computadores.<sup>137</sup>

Tais dados levam à conclusão de que a maioria esmagadora da população nacional não tem acesso ao mundo digital. Considerando que é esse o “melhor” meio de divulgação das audiências e consultas públicas realizadas pela ANEEL e pela ANATEL, dentre os adotados, deduz-se que a maior parte da população encontra-se suprimida das decisões dos entes regulatórios. À camada privilegiada da sociedade ficou reservada a participação em tais procedimentos, sendo que, como bem frisa MOREIRA<sup>138</sup>, poucos dos que tem acesso participam.

### 6.3 A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU PODER NORMATIVO

Como visto, peculiaridades quanto à instrumentalização dos meios de participação popular induzem, no plano prático, a uma redução na efetiva colaboração por parte da sociedade nas decisões normativas das agências reguladoras.

Passando do plano teórico para o dia-a-dia das agências reguladoras e das relações com os cidadãos, far-se-á rápida incursão em dados estatísticos que

<sup>135</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras.*, p.247

<sup>136</sup> Disponível em: <<http://inclusaoubc.site.uol.com.br>>. Acessado em 15/12/04.

<sup>137</sup> Id.

<sup>138</sup> Id.

pretendem demonstrar qual a profundidade das falhas procedimentais dos meios previstos de participação popular que atingem as audiências e consultas públicas realizadas, reduzindo ou até mesmo fazendo desaparecer a sua principal função que é a participação do povo, detentor, de acordo com o princípio da soberania popular, do poder, que deverá revestir as normas editadas por qualquer agente público.

Os dados trazidos a respeito das consultas públicas da ANEEL e da ANATEL “confirma[m] a ausência de exercício de democracia nas consultas públicas”<sup>139</sup>

Primeiramente, colocar-se-á quadro estatístico elaborado por MOREIRA, quanto à ANEEL. O autor tomou por base o ano de 2002, período em que houve 404 contribuições realizadas nas 36 propostas submetidas à consulta, sendo que em 5 delas sequer houve colaboração.<sup>140</sup>

Participantes	Número e representividade
Empresas/Associações interessadas no Setor	351 (aprox. 86%)
Não identificados ou outros setores	28 (aprox. 6,9%)
Escritórios de Advocacia e Consultoria	12 (aprox. 2,9%)
Universidades e órgãos públicos	8 (aprox, 1,9%)
Associações de Consumidores	5 (aprox 1,2%)

<sup>141</sup>

Como visto, a participação maciça nas consultas públicas da ANATEL fica a cargo das empresas e associações interessadas no setor, alcançando a marca de 86% das participações. Em contrapartida, setores representativos da população em geral como o são as universidades, os órgãos públicos e as associações de consumidores totalizam, meramente, 3,1% das contribuições ofertadas.

Na seqüência - embora não demonstre realidade muito diferente da ANEEL – apresentam-se as estatísticas das consultas públicas na ANATEL. Nesta agência

<sup>139</sup> Ibid., p. 247

<sup>140</sup> Ibid., p.248

<sup>141</sup> Id.



reguladora foram realizadas 437 consultas até 01/04/2003. O quadro que se apresentará abaixo foi elaborado por Paulo Todescan Lessa MATTOS, baseando-se em algumas das mais importantes consultas realizadas por esse ente regulatório.<sup>142</sup>

Participantes	Número e representatividade
Empresas do Setor	56,12%
Pessoas Físicas	17,06%
Consultores e Advogados	12,57%
Não identificáveis	8,53%
Outros	3,59%
Órgãos Governamentais	2,13%
Associações de Defesa do Consumidor	0,0%

143

No caso das consultas públicas na ANATEL o cenário parece ser um pouco distinto do quadro apresentado referente às consultas públicas realizadas pela ANEEL. Isto se dá em face de uma redução na participação das empresas do setor (56,12%) em contrapartida de um aumento na participação de pessoas físicas (17,06%).

Tal situação, como já ressaltado, aparentemente é minimamente animadora. Contudo, algumas considerações devem ser feitas a este respeito. Deve-se “observar que da análise dos dados disponíveis sobre a participação de pessoas físicas, apesar dos números terem apontado para uma participação relevante, não é possível afirmar que essas sejam formadas apenas por usuários dos serviços de telecomunicações e não, mais um vez, por representantes das empresas que compõem o segmento de telecomunicações.”<sup>144</sup> Desta maneira, torna-se possível que representantes das empresas do setor ofereçam contribuições como se particulares fossem, entretanto,

<sup>142</sup> Ibid., p.247  
<sup>143</sup> Ibid., p.248/249  
<sup>144</sup> MATTOS, Paulo Todescan de. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo:Malheiros, 2002. p.228

defendendo não seus interesses enquanto consumidores do serviço regulado, mas sim os da empresa a qual representam.<sup>145</sup>

Desta forma, verifica-se que em muitos casos a participação de pessoas físicas até parece ser efetiva. Entretanto, não é possível determinar se advém de indivíduos que contribuem com o intuito único de defender o interesse público, ou daqueles que, ligados de alguma forma às empresas do setor, opinam visando atingir os objetivos de mercado almejados por essas.

Além disto, há de se considerar outros fatores que revelam a verdadeira dimensão da participação das empresas nas consultas da ANATEL, que acabam por demonstrar que as contribuições das empresas nestas oportunidades de participação popular se igualam à realidade da ANEEL.

Mais uma vez referindo-se às distorções do panorama apresentado em relação às consultas públicas na ANATEL, leciona MATTOS:

... da análise da tabela de contribuições por setor (...), conclui-se que a participação está essencialmente concentrada nos grupos representantes do segmento específico de telecomunicações. Essa participação pode ser considerada ainda maior, se assumirmos que grande parte do segmento de “consultores e advogados” representa interesses de empresas do segmento específico de telecomunicações. Além disso, a maioria das contribuições constantes do segmento “outros”, são de organismos que também representam, conforme os nomes dos contribuintes identificados por consulta publicam interesses relacionados, direta ou indiretamente às empresas que compõem o segmento de telecomunicações.<sup>146</sup>

Conclui-se, destarte, que a participação das empresas do setor se apresenta mais amplas do que *a priori* poder-se-ia imaginar. Isto porque, além da distorção referente às contribuições de pessoas físicas, apresentam-se também falácias, como bem ressaltou MATTOS no trecho acima transcrito, nos segmentos dos consultores e advogados e dos considerados como “outros”.

Para que se tenha uma idéia da dimensão do problema, considerando que 50% das participações correspondentes às pessoas físicas, aos consultores e advogados, aos “outros” e aos não identificáveis são de alguma forma viciada, sendo em verdade

---

<sup>145</sup> Analisando logicamente a questão, tem-se que outro motivo para a adoção de tal medida não há, senão como uma forma de mascarar a ausência de participação de pessoas físicas nas consultas públicas, o que, conseqüentemente, levaria a existência de Déficit Democrático.

<sup>146</sup> MATTOS, Paulo Todescan de. *op. cit.*, p.247.

manifestação das empresas do setor, ter-se-ia um acréscimo de 20,87 pontos na percentagem de contribuições ofertadas por este segmento, o que representaria um total de 78,03% de participações provenientes de empresas do setor.

Como visto, o panorama das consultas públicas nas duas agências é muito parecido e totalmente desolador. A presença popular é praticamente nula, enquanto que o comparecimento das empresas que possuem interesses no setor (utilizando o instrumento de participação inclusive como forma de beneficiar-se no mercado) é maciço.

Tal realidade se repete também quando se analisam os números das audiências públicas, tanto na ANATEL, quanto na ANEEL.

Em notícia veiculada através de seu *site* na Internet, a ANATEL considera como positivo o resultado obtido nas três audiências públicas, realizadas em Brasília/DF, São Paulo/SP e Fortaleza/CE, que tinham por objetivo a apreciação de mudanças a serem realizadas no modelo de precificação e remuneração das redes de telecomunicações, nas quais foram obtidos um total de 130 contribuições.<sup>147</sup>

Contudo, a realidade não pode ser qualificada de maneira tão bondosa, tal como o fez o referido ente regulador. Quando analisados os números da referida série de audiências frente algumas variáveis, pode-se constatar que os resultados não podem, de maneira alguma, ser considerados positivos.

Tais números demonstram uma realidade perturbadora quando levada em conta a importância temática da discussão desenvolvida nas citadas audiências, já que o seu objeto afeta grande parte da população brasileira, que nos dias de hoje, segundo dados do IBGE, é de aproximadamente de 182.161.275 habitantes<sup>148</sup>. Diante de tais dados, tem-se que o número de contribuintes, nessas audiências consideradas “positivas” pela ANATEL, totaliza a desoladora percentagem de 0,0000713% da população nacional, importância esta que se traduz na quantificação, se assim fosse possível considerar, de legitimidade de uma norma que atingirá boa parte da população brasileira.

---

<sup>147</sup> Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>> Acessado em 03/09/2004.

<sup>148</sup> Disponível em : <<http://www.ibge.gov.br/home/diseminacao/online/poplock/poplock.php>>. Acessado em 25/08/2004.

Na ANEEL os fatos vêm, mais uma vez, corroborar com o entendimento de que as consultas e audiências públicas estão muito aquém de atingir seu objetivo primordial, qual seja, obter uma legitimidade na formulação dos atos normativos das agências reguladoras.

Para demonstrar a realidade da ANEEL foram escolhidas duas audiências públicas. Tal eleição se deu por um simples fator: a importância e abrangência dos temas que por elas eram tratados.

A primeira delas procura mostrar o que vem se passando com as audiências públicas no Estado do Paraná, já que envolve a discussão acerca da revisão das tarifas da COPEL, companhia de eletricidade que presta seus serviços no território do Paraná e Santa Catarina, atendendo, aproximadamente, 3,1 milhões de unidades consumidoras em 397 municípios.<sup>149</sup>

Nessa audiência pública, realizada em 20/05/2004, houve 145 participantes, ou seja, 0,00483% do número de unidades consumidoras. Tal análise por si só já comprova a falta de uma participação mais abrangente por parte da população em geral. Contudo, esse panorama é ainda pior se considerar que, nesse caso, dos 145 participantes, 79 eram membros ou funcionários de empresas do setor, ou seja, aproximadamente 54,48% do número total de pessoas que compareceram à esse encontro.<sup>150</sup>

Mais desoladora queda-se a situação quando se examina o número de contribuições realizadas na referida audiência, que chegou ao vexatório número de 3 (três) contribuições<sup>151</sup>, das quais nenhuma foi realizada por pessoa física representando seu ponto de vista acerca da questão a ser regulada.

Tal situação não apresenta mudanças no Estado de São Paulo. Em audiência pública realizada com o intuito de colher subsídios para o estabelecimento da “Revisão Tarifária Periódica da Concessionária de Distribuição de Energia Elétrica da ELETROPAULO – Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A” os números foram,

---

<sup>149</sup> Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> Acessado em 25/08/2004

<sup>150</sup> Id.

<sup>151</sup> Id.

mais uma vez, um demonstrativo da baixa participação popular junto aos entes regulatórios.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a abrangência dos préstimos da referida empresa é bastante considerável. No Município de São Paulo, por exemplo, há, aproximadamente, 10.677.019<sup>152</sup> (dez milhões, seiscentos e setenta e sete mil e dezenove) habitantes, dos quais a grande maioria utiliza-se de energia elétrica fornecida pela ELETROPAULO.

Em que pese o relevante número de usuários, os resultados apresentam-se como verdadeiramente irrelevantes do ponto de vista de uma efetiva participação popular na elaboração da norma. Isto porque na suscitada audiência, promovida no dia 18/06/2003, apenas 270 pessoas compareceram ao encontro, ou seja, 0,002528% da população paulistana. Se isso não bastasse, os números são agravados, ainda, pelo fato de que 108 (40%) desses participantes eram representantes de empresas do setor, ao passo que apenas 15 (5,5%) eram pessoas físicas.<sup>153</sup>

Quanto analisados os números de contribuições, a deficiência na participação é ainda maior, posto que dos 270 participantes apenas 12 ofereceram alguma contribuição, ou seja, menos de 4,5% dos que lá estavam. Vale ressaltar, que dos contribuintes somente 2 eram pessoas físicas defendendo seus interesses, o que totaliza 0,0001873 % da população do Município de São Paulo.<sup>154</sup>

Avaliados, esses números correspondem, ou ao menos procuram demonstrar, a realidade nas audiências e consultas públicas das agências reguladoras, instrumentos esses importantíssimos na elaboração de normas por parte dos entes regulatórios, principalmente no que tange a atribuição de certa legitimidade aos textos normativos produzidos.

Como visto, não é um panorama positivo. Ao revés, demonstra a falta de efetiva participação popular na defesa dos interesses da sociedade. Em contrapartida, constata-se uma relevante participação por parte das empresas do setor, que acabam por

---

<sup>152</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/default.php>> Acessado em 26/08/2004.

<sup>153</sup> Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> Acessado em 25/08/2004.

<sup>154</sup> Id.

distorcer a real função das audiências e consultas públicas, utilizando-as como mecanismos para atingir seus próprios interesses.

Neste sentido frisa MOREIRA:

A procedimentalização das decisões normativas confere transparência à ação das agências, mas tem como resultado não uma participação popular legitimadora, mas a institucionalização da “teoria da captura”.

Quem participa ativamente da elaboração normativa de regulação econômica são as empresas dos respectivos setores, que aportam investimentos nessa atividade a fim de conquistar proveitos. As empresas têm um custo relativo à sua interação e ao convencimento dos reguladores, visando a que as normas a ser emanadas as beneficiem diretamente. É um custo despendido na obtenção da legislação (arcado posteriormente pelos usuários e consumidores).<sup>155</sup>

Como visto, não se vislumbra a almejada legitimação das normas produzidas pelas agências reguladoras, necessária dentro do poder normativo desses entes, já que a participação da coletividade – os destinatários finais da atividade e reais detentores do poder - é muito reduzida, chegando, em determinados casos, a ser praticamente inexistente.

O instrumento da participação popular tem se mostrado não como uma forma de legitimação da norma, mas sim como modo de defesa de interesse particulares das empresas do setor. Desta forma, verifica-se que, ao contrário do que se deseja, as normas produzidas pelas agências reguladoras não possuem um vínculo entre seu comando e o consentimento do todo social (legitimidade), mas sim, com os interesses das empresas do setor (distorção).

---

<sup>155</sup> MOREIRA, Egon Bockmann . *Agências Reguladoras.*, p.249

## 7 CONCLUSÃO

O trabalho de pesquisa desenvolvido no presente estudo trouxe dados e informações que levaram às conclusões que se seguem.

1. As agências reguladoras são autarquias classificadas como sendo de regime especial, dotadas de ampla autonomia frente à Administração Direta, criadas por lei com a finalidade de intervir no domínio econômico. Exercem suas atividades, inclusive aquelas referentes à sua competência normativa e de solução de conflitos entre particulares, através de um órgão diretivo escolhido pelo Presidente da República, sendo vedada a exoneração *ad nutum* de seus membros.

2. Tais entes regulatórios poderão exercer suas atividades de disciplina e controle sob quaisquer atividades econômicas, desde que haja relevância para tal intervenção, não sendo necessário que se tratem de serviços públicos propriamente ditos. A atividade regulatória envolve a competência para fiscalizar a atuação das empresas do setor, para aplicar sanções quando do descumprimento de lei, regulamento ou cláusulas contratuais, para decidir administrativamente conflitos entre o Poder Concedente, os delegatários e os usuários, e, ainda, para editar normas.

3. A competência normativa talvez seja a que mais questionamentos tenha provocado, principalmente no tocante a sua constitucionalidade. Em que pese tal controvérsia, conclui-se que a competência normativa das agências reguladoras está em acordo com o texto legal, não ofendendo o princípio da separação dos Poderes ou o da legalidade. Isto porque o “poder” de editar normas, conferido às agências reguladoras, não constitui uma delegação legislativa, vedada pelo texto constitucional, mas advém de uma parte do poder normativo, conhecido como poder regulamentar, o qual, como visto, não é de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

4. A aferição da extensão desse poder normativo depende da análise da figura dos regulamentos autônomos. Conforme exposto, a doutrina não é uníssona quanto à aceitação ou rejeição da figura de tais regulamentos. Destarte, conclui-se que, mais importante do que a simples discussão acerca de sua existência no direito pátrio, faz-se

necessária a fixação de certos critérios a serem observados quando do exercício da atividades normativa regulamentar, tais como aquele enumerados no presente trabalho.

5. Uma vez constatada a possibilidade de atribuição de poder normativo às agências reguladoras, é imprescindível a verificação da legitimidade das normas emanadas por tais entes. Isto porque, ao contrário da maioria dos detentores de competência normativa, os membros do conselho diretivo das agências reguladoras não possuem vinculação com o povo, o que é essencial em um Estado Democrático de Direito. Da análise da legislação que instituiu as agências reguladoras no direito pátrio, deduz-se que tal “*déficit democrático*” poderá suprido através da processualização da atividade normativa, garantida a participação direta da população nas audiências e consultas públicas.

6. A participação popular está presente em todas as legislações que instituíram as agências, garantindo, assim, na teoria, a colaboração e controle através da sociedade na elaboração das normas.

7. Tomando por base dados estatísticos referentes a ANEEL e a ANATEL, conclui-se que os instrumentos previstos, ou seja, as audiências e as consultas públicas são realizadas pelas agências; contudo, principalmente pela precariedade da publicidade, tais meios de participação nem sempre estão ao alcance da população.

8. Verificou-se que, na maioria das vezes, o que ocorre é a participação de empresas do setor, que se utilizam de tais instrumentos como forma de obtenção de sucesso em seus interesse mercantis. Essas sociedades contratam terceiros para elaborar contribuições, repassando os gastos com isso à população.

9. De outro lado, vê-se uma população apática, tímida e, em certa medida, posta à margem desse panorama, que toma conhecimento da influência da norma sobre si apenas no momento em que sofre lesão a seu direito, já que não possui qualquer acesso à informação, quanto mais à participação dos instrumentos, teoricamente, colocados à sua disposição.

10. Aferiu-se, ainda, que, embora de essência positiva e construtiva, os instrumentos de participação popular nas agências reguladoras deverão passar por um aperfeiçoamento, em aspectos como a publicidade (utilizando-se da TV, rádio,



empresa de correios, bancos, lotéricas, transporte coletivo como instrumentos de veiculação da informação a respeito das audiências e consultas públicas) e o esclarecimento à população sobre os assuntos objetos de normatização, através de explanações de alcance de todos sobre a matéria a ser tratada, posto que muitas vezes a complexidade técnica da matéria é tão grande que nem os mais esclarecidos possuem o devido alcance do tema.

11. Por fim, conclui-se que as audiências e consultas públicas, em virtude de sua falhas procedimentais e da falta de cultura participativa da população brasileira, não servem ao seu fim precípua: a legitimação das normas produzidas pelas agências reguladoras, mas, ao revés, são utilizadas como uma forma das empresas do setor defenderem seus interesses próprios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL, Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>

ANEEL, Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7.d. Coimbra: Almedina, 2003.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito: desapropriação de bens públicos; o prejudicado trabalhista em face da Constituição; regulamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

IBGE, Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>

INCLUSÃOUBC, Disponível em: <<http://inclusaoubc.site.uol.com.br>>

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, abr./mai./jun. 2003

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PLANALTO, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.